

Tilsattes tilhørighet og vern ved overdragelse av del av virksomhet

Kriterier for avgjørelse av tilsattes tilhørighet

Kandidatnummer: 695
Leveringsfrist: 25.04.15
Antall ord: 17 997

Veileder: Bernard Johann Mulder

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	4
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	4
1.2	Rettskildebildet.....	5
1.3	Kort om Norge og EØS retten	6
1.4	Avgrensning av rettskildebegrepene	6
1.5	Legislative hensyn.....	9
1.6	Relevans og vekt av "EU- og EFTA- domstolens" avgjørelser	10
1.6.1	EU-domstolen.....	10
1.6.2	EFTA-domstolen	11
1.7	EU-rettsens tolkningsprinsipper	12
1.8	Den videre framstilling	14
2	Vilkårene for virksomhetsoverdragelse	15
2.1	Innledning	15
2.2	Gjennomgang av vilkårene.....	15
2.2.1	Selvstendig økonomisk enhet.....	15
2.2.2	Kravet til overføring gjennom kontrakt eller sammenslåing av virksomheter... ..	17
2.2.3	Identitetsvilkåret.....	18
3	Nærmere om kriteriene for avgjørelsen av tilsattes tilhørighet	22
3.1	Innledning	22
3.1.1	Det rettslige utgangspunktet.....	22
3.2	Kriterier som vektlegges for å avgjøre tilsattes tilhørighet.....	23
3.2.1	Prinsippet om organisatorisk tilknytning	23
3.2.2	Prinsippet om primær tilknytning i matriseorganisasjoner	25
3.2.3	Skranke mot arbeidsmiljølovens forståelse av arbeidsgiverbegrepet.....	29
3.3.	Sammenfatning	29
4	Omstruktureringer med hensikt å omgå virkninger av virksomhetsoverdragelse ..	31
4.1	Innledning	31
4.2	Har rettsutviklingen bidratt til styrking av arbeidstakernes stillingsvern?	32
4.2.1	Kort om virkningene	32
4.2.2	Individuelle rettigheter	34

4.2.3	Finnes det "ikke overførbare" individualrettslige rettigheter og forpliktelser? .	34
4.2.4	Tariffrettslige rettigheter	34
4.2.5	Rettspraksis på området	35
4.2.6	Prinsippet om "reell overdragelse"	36
4.3	Konsekvensen av ikke-reelle eller pro forma overdragelser av virksomhet.....	37
4.3.1	Konsekvenser for arbeidsgiver	37
4.3.2	Betydningen av partenes posisjon i tariffavtalen	38
4.3.3	Konsekvenser for arbeidstaker	39
5	Er vernet etter implementeringen av direktivet styrket?.....	40
5.1	Norsk rett ved overdragelse av virksomhet før direktivet	40
5.2	Norsk rett etter implementeringen av direktivet.....	41
5.3	Bør vernet styrkes?	43
6	Oppsummering.....	44
7	Litteraturliste	46
a)	Bøker m.v.....	46
b)	EU-dokumenter og offentlige publikasjoner m.v.	47
c)	Dommer	48

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Offentlig så vel som privat virksomhet er i kontinuerlig utvikling og gjennomfører strukturelle endringer som får konsekvenser for arbeidstakere. En av konsekvensene eller virkningene som følger av strukturelle endringer er at ansatte overføres fra en arbeidsgiver til en annen. Dette reiser en del spørsmål. Blant annet hvilket vern en ansatt har i en slik situasjon. Har han rett til å beholde arbeidet sitt og de arbeidsvilkårene han har?

Spørsmålet jeg ønsker å belyse i denne oppgaven er hvilke rettigheter en ansatt har i arbeidsforholdet sitt der det som følge av en organisatorisk endring skjer en overdragelse av virksomhet, og hvilke vilkår som må være oppfylt for at vernereglene skal komme til anvendelse. I en rekke tilfeller er det slik at ikke hele, men kun deler av et selskap eller en bedrifts virksomhet overføres. Ved overføring av hele virksomheten vil som hovedregel alle tilsatte på overføringstidspunktet ha en rett til videreføring av sitt arbeidsforhold. Men hva når kun deler av en virksomhet overføres? Hvordan avgjøres hvilke arbeidsforhold som skal følge med ved overdragelsen? Eller med andre ord, hvordan avgjøres i disse tilfellene den ansattes sin tilhørighet? For å belyse dette vil jeg ta for meg rettspraksis og hvilke kriterier EUDomstolen legger vekt på for å avgjøre tilsattes tilhørighet. I denne sammenheng ønsker jeg å se på om organisasjonens struktur har betydning. Det vil si i hvilken grad den tilsattes tilhørighet avhenger av den overdragende virksomhetens organisatoriske oppbygning. Kan det med andre ord ut ifra rettskildene utledes en rettsregel om organisasjonsstrukturens betydning for overføring av ansatte og deres rettigheter?

Oppgaven vil begrenses til å drøfte tilsattes tilhørighet ved overføring av del av en virksomhet der jeg vil se nærmere på hvilken betydning organisasjonens formelle struktur har for avgjørelsen av hvilke arbeidsforhold som overføres og særskilte utfordringer en avklaring av spørsmålet gir i organisasjoner uten en klar hierarkisk oppbygning. Spesielt i forhold til hvilke kriterier som legges til grunn i avgrensingen av tilsattes tilhørighet i en matriseorganisasjon, det vil si organisasjoner der det ikke er klare organisatoriske rammer i virksomheten.

Oppgaven vil ta for seg hvilke kriterier som vektlegges i rettspraksis ved overføringen av et arbeidsforhold når strukturelle endringer medfører at bare deler av en organisasjonens virksomhet overføres fra en arbeidsgiver til en annen. Jeg ønsker gjennom dette å se om det er en sammenheng mellom vilkårene for når vernereglene kommer til anvendelse og organisasjonens struktur, og hvilke virkninger dette har for vernet av arbeidstakerne. Har organiseringen av virksomheten betydning for ansettelsesforholdet og overføringen av ansatte, og gir det arbeidsgiver en mulighet til å påvirke hvem som overføres gjennom å endre organisasjonsstrukturen gjennom såkalte pro forma endringer? Som en del av redegjørelsen ønsker jeg å se på hvilken virkning overføringen får for arbeidstakerens rettigheter. Det vil si hvilke rettigheter, helt eller delvis følger med ved overdragelsen, og hvilken betydning kan dette ha for arbeidsgivers måte å organisere virksomheten sin på.

Formålet med oppgaven er å gi en innsikt i hvordan tilsattes tilhørighet avgjøres ved overføring av en del av en virksomhet og hvorvidt vernet av arbeidstakeren er styrket etter implementeringen av virksomhetsdirektivet i arbeidsmiljøloven kapitel 16.

Det vil først være hensiktsmessig å gi en oversikt over de vilkår som må være oppfylt for at bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse. Dette vil være tema i kapitel 2.

1.2 Rettskildebildet

Reglene om overdragelse av virksomhet har sammenheng med det stillingsvern arbeidstakeren skal ha mot oppsigelse på grunn av forhold som medfører behov for endring i virksomheten. Som utgangspunkt vil det da være tale om hvilket stillingsvern (rettigheter) en arbeidstaker har i det øyeblikk en aktivitet som tidligere er utført i den virksomhet han er tilsatt i, overføres til en annen virksomhet. EUs direktiv om virksomhetsoverdragelse¹ har til formål å innføre bestemmelser om vern av arbeidstakere for å sikre at deres rettigheter blir ivaretatt ved et slikt skifte av arbeidsgiver.^{2 3}

Norge er gjennom EØS avtalen forpliktet til å gjennomføre de minimumskrav som følger av direktivet om virksomhetsoverdragelse. Disse ble innarbeidet som et nytt kapitel XII A i arbeidsmiljøloven 1977 ved en lovendring 27. november 1992 nr. 115. De opprinnelige reglene ble endret i 2001 på bakgrunn av de EU rettslige reglene⁴ og utvidet til også å omfatte virksomhetsoverdragelser innenfor offentlige virksomheter.⁵ Bestemmelsene er senere erstattet av kapitel 16 i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)⁶ som kommer til anvendelse ved overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver.⁷ Selv om bestemmelsens materielle innhold er endret noe, skal rettighetene ved virksomhetsoverdragelse fortolkes på samme måte som tidligere.⁸

¹ Rådsdirektiv 2001/23/EF av 21. mars 2001, heretter også forkortet Direktivet.

² Fortalen i Rådsdirektiv 2001/23/ EF av 21. mars 2001.

³ Dom af 7. februar 1985, sag 186/83, Arie Botzen m.fl. mod Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV, Sml. 1985, s. 519 præmis 6.

⁴ Lov 15. juni 2001 nr. 33, jf Ot.prp. nr. 79 (2000–2001).

⁵ Ot.prp. nr. 79 (1999-2000), se også NOU 2004:5 kapitel 16 pkt. 16.4.4.

⁶ Heretter forkortet aml. eller loven(s).

⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 62, § 16–1 første ledd første setning.

⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapitel 25 Merknader til lovteksten.

1.3 Kort om Norge og EØS-retten

Rådsdirektiv 77/187/EØF ble gjennomført ved endringslov av 1992⁹ samme dato som Norge ved lov formelt trådte inn i det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområdet (EØS). Gjennomføringen innebar et nytt kapittel XII A i dagjeldende arbeidsmiljølov. Siktemålet med lovendringen var å foreta de endringer i norsk rett som var nødvendige for at de krav virksomhetsdirektivet stiller, ble oppfylt i norsk rett.

Hvorvidt den enkelte stat velger å la den internasjonale retten gjelde umiddelbart, det vil si uten at det foretas et skille mellom internasjonal og nasjonal rett, eller om de anses som to separate systemer der den internasjonale retten må integreres med den nasjonale retten, avgjøres som hovedregel av den enkelte stat.¹⁰ Norge har valgt det dualistiske system. Dette medfører at så lenge Norge ikke er medlem av EU vil ikke den interne fellesskapsretten gjelde uten inkorporering i hvert enkelt tilfelle. Det vil si at internasjonal rett, derunder EU- og EØS-retten, må i hvert enkelt tilfelle integreres i norsk rett.

EØS-avtalen (med unntak av vedleggene) er inkorporert i norsk rett. For EØS-regler som ikke er inkorporert i norsk rett er det foretatt tilpasning ved å endre aktuelle norske lover og forskrifter (transformasjon). Norsk rett forutsettes å være i tråd med EØS-retten. Både den inkorporerte og den transformerte vil således ha betydelig gjennomslag overfor norsk lovgivning for øvrig.¹¹

1.4 Avgrensning av rettskildebegrepene

Direktivets arbeidstakerbegrep er sentralt og skal fortolkes i tråd med nasjonal lovgivning på det arbeidsrettslige område.¹² Begrepet arbeidstaker er definert i direktivets artikkel 2 nr 1 bokstav (d) der det heter: "... "employee" shall mean any person who, in the member State concerned, is protected as an employee under national employment law."

Forståelsen av begrepet som legges til grunn for bestemmelsene om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven kapittel 16, må slik forstås i tråd med arbeidstakerbegrepet i lovens § 1-8 første ledd og nasjonal rettspraksis. Høyesterett bemerker i Rt 2007 side 1458 avsnitt 37:

⁹ Lov av 27. november 1992 nr. 115 om endringer i lover på arbeidsmiljø og sikkerhetsområdet m.v. som følge av EØS-avtale.

¹⁰ Bernard Johann Mulder (2004) s. 98.

¹¹ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv (EØS-loven) §§ 1 og 2, se også Fredrik Sejersted m.fl. (2011) kapittel 4.

¹² Rådsdirektiv artikkel 4, Dom af 11. juli 1985, sag 105/84, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mod Danmarks inventar, Sml. 1985 s. 02639, præmis 3.

”Måten arbeidet blir organisert på viser trekk som vil være typiske ved ordinære tilsetningsforhold. Jeg legger til grunn at C var totalt underlagt selskapets ledelse med hensyn til oppdragets utførelse. Han var således underlagt ledelsens instruksjon både med hensyn til hva som skulle utføres av arbeid, hvor og når dette skulle gjøres, og måten arbeidet skulle utføres på. Han gikk slik sett inn i et arbeidsteam som fungerte på linje med et hvilket som helst arbeidslag. Det må videre legges til grunn at det var hans personlige arbeidsinnsats han fikk betalt for, og ikke et konkret resultat. Det var således selskapet og ikke C som hadde risikoen for resultatet av arbeidet. C måtte etter dette reelt sett sies å ha stått i et slikt forhold til selskapet som tilsier et behov for det vern av arbeidsrettslig art som arbeidsmiljøloven gir.”

En arbeidstaker kjennetegnes ved at hans arbeidsforhold står i et underordningsforhold. Dette er en forutsetning i arbeidsmiljøloven sin definisjon og i kravet om at arbeidet skal utføres ”i annens tjeneste”.¹³ Det karakteristiske for arbeidsavtalen er at arbeidsgiver har styringsrett, dvs retten til å fordele, organisere og på annen måte lede arbeidet. Høyesterett legger i sin avgjørelse i Rt 2007 side 1458 stor vekt på denne styringsretten når de vurderer om det foreligger et ansettelsesforhold.

Med direktivets begrep arbeidsgiver¹⁴ forstås den fysiske eller juridiske person som har det rettslige ansvaret for driften av virksomheten, enten denne betegnes overdrager eller erverver. Det tilsvarende begrepet er nå inntatt i aml. kapitel 16 som en språklig tilpasning til direktivets artikkel 1 nr. 1 bokstav (a). Det er et krav både i aml. og i direktivet at overføringen skjer til en annen arbeidsgiver. Verken direktiv eller lov får anvendelse ved rene eierskifter, for eksempel ved overgang av aksjer eller eierandeler, hvis det ikke samtidig skjer et skifte av arbeidsgiver. Ved overføring av kun eierandeler vil partene i arbeidsavtalen bestå som før. Samtlige rettigheter og plikter mellom arbeidsgiver og arbeidstaker består dermed gjensidig.¹⁵

Direktivets virksomhetsbegrep er gitt en vid definisjon.¹⁶ Det stilles riktignok opp et vilkår om at det utøves økonomisk aktivitet, men uavhengig av om formålet er gevinst. Direktivet avgrenser som et utgangspunkt virkeområdet mot de former for offentlig virksomhet som ikke har som formål å drive økonomisk aktivitet. Det vil med andre ord si offentlig myndighetsutøvelse.

I Henke-saken behandler EU-domstolen for første gang spørsmålet om offentlig virksomhet i form av offentlig myndighetsutøvelse faller inn under direktivets anvendelsesområde. Saken gjaldt overføring av forvaltningsfunksjoner fra en kommune til et interkommunalt forvaltningsselskap. Med henvisning til direktivets fortale kom domstolen til at overføring av forvaltningsfunksjoner mellom offentlige forvaltningsorganer ikke var ”overføring av virksomhet” i direktivets forstand. Den underliggende faktoren var at den konkrete saken

¹³ Aml. § 1-8 (1).

¹⁴ Rådsdirektiv 2001/23/EF artikkel 1 nr 1 bokstav a), Dom af 17. desember 1987, sag 287/86, Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark mod Ny Mølle Kro, Sml.1987, s. 5465, Dom af 5. mai 1988, forende sager 144/87 og 145/87 Berg mod Besselsens, Sml. 1988 s.02559 præmis 17.

¹⁵ Mona Næss (2013) s. 28.

¹⁶ Rådsdirektiv 2001/23/EF artikkel 1 nr 1 bokstav c), Dom af 16. mars 2004, Forende sager C-264 og 306/01 AOK-Bundesverband m.fl., Sml. 2004 I, s. 02493, avsnitt 46–48, 64.

gjaldt rettssubjekter som ikke drev noen ”økonomisk aktivitet”.¹⁷ Dette medfører en avgrensning av direktivets arbeidstakerbegrep.

Ved integreringen av direktivet i arbeidsmiljøloven¹⁸ ble det ikke tatt inn et tilsvarende unntak. Det ble derimot lagt til grunn at også ren myndighetsutøvelse anses å være ”overføring av virksomhet”.¹⁹ Departementet tok i forarbeidene utgangspunkt i formålet, vernet av arbeidstakerne, og at bestemmelsene skulle ha som utgangspunkt ”at alle som etter nasjonal rett er å anse som arbeidstakere har krav på beskyttelse”. Etter departementets syn ville det samsvare dårlig med formålet ”at enkelte arbeidstakere skal falle utenfor reglenes beskyttelsesområde kun fordi de utfører en viss type arbeidsoppgaver”. Departementet uttalte videre at de anså det ikke for å være ”sterke grunner som taler for at arbeidstakere som driver med rene forvaltningsoppgaver ikke skal være omfattet av de samme vernereglene som øvrige arbeidstakere”. Selv om forutsetningen ikke fremgår av bestemmelsens ordlyd, verken i aml. § 73 A eller ved lovrevisjonen i 2001, anses fortolkningen av loven i dag som klar.²⁰

Siden det er tale om et minimumsdirektiv er det neppe grunn til å tolke begrepet virksomhet i lovens kapitel 16 snevrere enn virksomhetsbegrepet i § 1-2 første ledd.²¹ Direktivet får dermed anvendelse på offentlige og private foretak.²² Det medfører at lovens kapitel 16 verner arbeidstakere både i offentlige og private foretak som driver økonomisk virksomhet uavhengig av om målet er økonomisk gevinst.²³ Også offentlig myndighetsutøvelse omfattes av virksomhetsbegrepet, det samme gjelder ideelle organisasjoner.²⁴

Uttrykket ”del av virksomhet” er ikke noe klart avgrenset uttrykk i rettslig sammenheng. I forarbeidene til gjennomføringen av 1977-direktivet heter det bl.a.:

”For spørsmålet om reglene om virksomhetsoverdragelse får anvendelse vil det derimot gjelde en avgrensning nedad, dvs. mot overføringer av enkeltaktiva som ikke kan anses som overføring av noen tilstrekkelig selvstendig enhet. Det er ikke mulig å oppstille noen klar, fast skillelinje.”²⁵ Det sentrale utgangspunktet for vurderingen av om det er skjedd en overføring av en del av virksomhet i direktivets forstand, er om virksomheten fremstår i det vesentlige som den samme, også etter overføringen.²⁶

¹⁷ Dom af 15. oktober 1996, sag C-298/94 Henke mod Gemeinde Schierke og Verwaltungsgemeinschaft ”Brocken”, Sml. 1996 I, s. 04989 præmis 14, se også Stein Evju (2005) s. 50.

¹⁸ Lov om arbeidsmiljø mv. av 1977 kapitel XII A.

¹⁹ Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) side 11, se også Stein Evju (2005) side 50.

²⁰ Stein Evju (2005) s. 52.

²¹ NOU 2004: 5 kapitel 16 pkt. 16.4.4 side 368.

²² Rådskdirektiv 2001/23/EF artikkel 1 nr 1 bokstav c.

²³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), se også NOU 2004: 5 kapitel 16 pkt. 16.4.4.

²⁴ Dom af 19. mai 1992, sag C-29/91 Redmond Stichting/Bartol m.fl., Sml.1992 I, s. 03189 præmis 30, se også Atle Sønsteli Johansen, Einar Stueland (2011) side 866.

²⁵ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s.31.

²⁶ Mona Næss (2013) s. 59.

1.5 Legislative hensyn

Reglene om virksomhetsoverdragelse skal gi rimelig balanse mellom arbeidstakernes behov for vern, de plikter dette påfører virksomhetene og andre samfunnsmessige hensyn.²⁷ Spørsmålet om hva som er en virksomhetsoverdragelse og i hvilke tilfeller overdragelsesdirektivets vernebestemmelser kommer til anvendelse, må avgrenses mot spørsmålet om når arbeidsgiver kan påberope seg ”opphørssynspunkter”, dvs i hvilke tilfeller en virksomhet kan sies å opphøre, eller legges ned.

Ved implementeringen av direktivet i arbeidsmiljøloven ble det vurdert om gjeldende norsk rett var i tråd med oppsigelsesvernet i direktivet. I lov av 7. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø nr 4 var det i kapitel XII inntatt bestemmelser for å regulere oppsigelse og avskjed, hvor saklighetskravet fremgikk av kapitelets § 60 nr. 1 og 2. Ved antitetisk tolkning av disse bestemmelsene ble det lagt til grunn at arbeidstaker ikke er beskyttet mot en oppsigelse saklig begrunnet i bla. virksomhetens forhold. Av lovens § 60 nr. 3 var overdragelse av virksomheten fra en eier til en annen ikke alene å regne som saklig grunn for oppsigelse. Et i utgangspunktet ulovfestet prinsipp utviklet gjennom rettspraksis la til grunn at ved oppsigelse fra den nye eiers side, skulle det legges vekt på om begrunnelsen ville kunne anses saklig om overdragelsen ikke hadde funnet sted. Kriteriene økonomiske, tekniske og organisasjonsmessige årsaker ble vurdert å ligge innenfor den alminnelige saklighetsnorm i § 60 nr. 2, jf. Ot.prp. nr.71 (1999-1992) s. 23. Endringer i formell organisasjonsstruktur, selskapsform eller eierskifte var etter dette i seg selv ikke ansett som tilstrekkelig saklig grunn til oppsigelse.²⁸

Betingelsen for at det ulovfestede prinsippet skulle komme til anvendelse var at det forelå en reell overdragelse og at virksomheten ble drevet videre i det vesentlige på samme måte som før. Av dette følger at etter norsk rettsoppfatning får ikke direktivet anvendelse ved endringer i eierstruktur ved for eksempel aksjeoverdragelse og interne omorganiseringer i det kravet til reell overføring av virksomhet i disse tilfeller ikke er oppfylt. Det samme gjelder overføring av en virksomhet, et foretak eller deler av et foretak i en situasjon hvor overdrageren er erklært konkurs.²⁹ Med denne bakgrunn konkluderte lovgiver at norsk rett var i samsvar med direktivet artikkel 4 nr. 1.

Konkursunntaket er nå inntatt i arbeidsmiljøloven § 16-1(2).

²⁷ NOU 2004:5 kapitel 16 pkt.16.1 s.356.

²⁸ Arne Fanebust (2014) side 221 flg.

²⁹ Dom af 7. februar 1985, sag 186/83, Arie Botzen m.fl. mod Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV, Sml.1985, s. 519 præmis 8-9, jf. Dom af 7. februar 1985, sag 135/83, Abels mod Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie, Sml. 1985, s. 00469 præmis 30.

1.6 Relevans og vekt av "EU- og EFTA- domstolens" avgjørelser

1.6.1 EU-domstolen

Det er fastslått at arbeidsmiljølovens regler skal tolkes i tråd med EU-rettslige regler om virksomhetsoverdragelse.³⁰ Direktivet skal tolkes i samsvar med rettsavgjørelser EU-domstolen har truffet, før EØS-avtalen ble undertegnet 2. mai 1992, jf. EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-avtalen (avtale mellom EFTA-landene om overvåkningsorgan og domstol) artikkel 3. Høyesterett har ikke i saker om virksomhetsoverdragelse tillagt dette tidss skillet noen betydning, se Rt 2001 side 248 (Olderdalen Ambulanse) og Rt 2006 side 71 (SAS).³¹ Høyesterett har i Rt. 2006 side 71 (SAS) avsnitt 66 følgende redegjort for de vilkår EU-domstolen har utviklet for anvendelse av reglene om virksomhetsoverdragelse. Arbeidsmiljøloven kapittel 16 må fortolkes i samsvar med denne rettspraksisen, slik som lagt til grunn i Rt 1997 side 1954 på side 1960 under henvisning til EØS-avtalens artikkel 6.³²

Virksomhetsoverdragelsesdirektivet er blant de arbeidsrettslige direktiver som det hyppigst er reist fortolkningsspørsmål om ved domstolene. Som det fremgår av Arbeidslivslovsutvalgets utredning er "reglenes nærmere innhold fastlagt gjennom en nærmest kontinuerlig utvikling i rettspraksis. Som eksempel nevner utvalget i sin utredning at spørsmål om reglenes anvendelsesområde i 2004 hadde vært oppe i ca 40 saker for EU-domstolen, EFTA-domstolen og Høyesterett."³³

"Direktivets bestemmelser har ved en rekke anledninger vært behandlet av EU-domstolen. Denne domstolen har i sine avgjørelser gitt anvisning på hvorledes direktivet skal fortolkes. Den konkrete rettsanvendelse overlates i hvert enkelt tilfelle til de nasjonale domstoler. Det følger av EØS-avtalens artikkel 6 at bestemmelsene i direktivet skal fortolkes i overensstemmelse med de rettsavgjørelser som EU-domstolen har truffet før avtalen ble undertegnet, altså før 2. mai 1992. Men også senere avgjørelser vil være sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet. I og med at arbeidsmiljøloven kapittel XII A er utformet med sikte på å implementere direktivet i norsk rett, vil disse rettsavgjørelser få direkte betydning for hva som er norsk rett på dette området."³⁴

³⁰ Rt 1997 s. 1954.

³¹ Atle Sønsteli Johansen, Einar Stueland, (2011) side 865.

³² Rt 2010 s. 330 avsnitt 37.

³³ NOU 2004: 5, kapittel 16 punkt 16.2.1 side 356.

³⁴ Rt 1997 s. 1954.

1.6.2 EFTA-domstolen

Høyesterett uttaler i *Finanger I* følgende om EFTA-domstolen sin betydning.³⁵

”Uttalelsen fra EFTA-domstolen er rådgivende, jf. artikkel 34 i Overvåknings- og domstolsavtalen (ODA-avtalen) mellom EFTA-statene. Dette innebærer at Høyesterett har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for Høyesteretts avgjørelse. Men jeg finner samtidig at uttalelsen må tillegges vesentlig vekt. Dette følger etter min mening allerede av den omstendighet at EFTA-statene i samsvar med EØS-avtalen artikkel 108 nr. 2 ved inngåelsen av ODA-avtalen har funnet grunn til å opprette denne domstolen, blant annet for (og) nå frem til å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen. Også reelle grunner taler for dette...”

Høyesterett stadfester i *Verftssaken*³⁶ sin myndighet og plikt til selvstendige vurderinger ut ifra nasjonal rettsoppfatning.

Saken gjaldt Tariffnemndas vedtak 6. oktober 2008 av forskrift om delvis allmenngjøring av Verkstedoverenskomsten for skips- og verftsindustrien³⁷ der også uorganiserte og utenlandske arbeidstakere er gitt rett til lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har innenfor tariffavtalens virkeområde. En gruppe verft saksøkte staten ved Tariffnemnda for å få kjent forskriften ugyldig. De gjorde gjeldende at EØS-avtalen artikkel 36 og utsendingsdirektivet er til hinder for å kunne allmenngjøre avtalevilkår om utenbystillegg, arbeidstid, overtidstillegg og kostnadsdekning ved overnatting utenfor hjemmet. Verftene tapte saken i både tingretten og i lagmannsretten og anket saken til Høyesterett. Under lagmannsrettens saksforberedelse ble de sentrale EØS-rettslige spørsmålene forelagt for EFTA-domstolen, som blant annet uttalte at dekning av utgifter til reise, kost og losji bare kunne tildeles dersom det kunne rettferdiggjøres av hensynet til ”den offentlige orden”, og videre at den informasjonen EFTA-domstolen hadde, ikke tydet på at de aktuelle ytelsene kunne rettferdiggjøres av hensynet til den offentlige orden..

Høyesterett kom i sin avgjørelse enstemmig til at de omstridte bestemmelsene i forskriften oppfyller de EØS-rettslige krav til allmenngjøring og at forskriften var gyldig. Og uttaler i forbindelse med forskriftens gyldighet;

”Jeg tar etter dette utgangspunkt i at Høyesterett ikke skal legge EFTA-domstolens uttalelse uprøvet til grunn, men har både myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad dette skal gjøres. På denne bakgrunn kan jeg ikke se at Høyesterett er formelt

³⁵ Rt 2000 s. 1811.

³⁶ Rt 2013 s. 258.

³⁷ Forskrift nr. 1137/2008, senere erstattet av forskrift 20. desember 2010 nr. 1764.

avskåret fra å bygge på et avvikende syn. Men i og med at uttalelsen naturlig nok skal tillegges vesentlig vekt, kreves særlige grunner for at Høyesterett skal kunne fravike den.”³⁸

1.7 EU-rettens tolkningsprinsipper

EU-domstolen kan sies å ha hatt en pragmatisk holdning til sin tolkningsvirksomhet. Tolkning skjer med utgangspunkt i at en bestemmelses formål skal oppnås, med bakgrunn i bestemmelsens ønskede funksjon og effekt. Dermed blir de bærende hensyn og prinsipper bak bestemmelsen viktige tolkningsfaktorer for å oppnå unionens og EØS-avtalens mer overordnede målsettinger. Denne teleologiske tolkningsstilen³⁹ har bidratt til å sikre EU-retten gjennom en tolkningsvirksomhet som fremmer det eller de formål som mest effektivt kan realisere målsettingen med regelen.

EU-domstolen uttaler i Gend en Loos-dommen at EU-retten er en selvstendig rettsorden som også inngår som en del av hver medlemsstats rettsorden, hvor ”Det europeiske økonomiske Fællesskab udgør en nyt folkeretligt system, til hvis fordel staterne, om end inden for begrænsede områder, har indskrænket deres suveræne rettigheder, og hvis retssubjekter ikke blot er medlemsstaterne men også disses statsborgere. Uafhængigt af medlemsstaternes lovgivning.”⁴⁰ Domstolen har på denne måten tolket inn prinsipper om EU-rettens forrang og direkte virkning, som har gitt den en sterk stilling i forhold til nasjonal rett.⁴¹

Domstolens senere avgjørelser kan imidlertid tyde på at rettsutviklingen har gått i retning av en mer systematisk tolkning av bestemmelsene, dvs en tolkningsstil som hensyn tar mer bestemmelsens disposisjon, utforming og systematiske plassering i det omkringliggende systemet av rettsregler. Tolkningen av en bestemmelse harmoniseres med øvrige regler på rettsområdet og regelfortolkeren forutsetter at den rettslige normgiveren ivaretar helheten slik at regelkomplekset sett i sammenheng medfører at det lar seg gjøre å tolke rettens innhold selv der ordlyden er uklar.⁴²

Dette kan illustreres ved sak C-426/11 (Alemo-Herron)⁴³ der EU-domstolen behandler spørsmålet om fortolkningen av direktiv 2001/23/EF er til hinder for at en medlemsstat i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse fastsetter at dynamiske bestemmelser som viser til kollektive overenskomster som er forhandlet og vedtatt etter tidspunktet for overførselen, kan håndheves overfor erververen.

Domstolen understreker i denne sammenheng ”at dette direktiv ikke berører medlemsstaternes mulighet for at anvende eller indføre love eller administrative bestemmelser, der er mere

³⁸ Rt 2013 s. 258.

³⁹ Bernard Johann Mulder (2004) s. 94.

⁴⁰ Dom af 5. februar 1963, sag 26/62 Van Gend en Loos mod Administratie der Belastingen, Sml. 1963, s. 00003, præmis 3.

⁴¹ Fredrik Sejersted mfl (2011) s. 55.

⁴² Bernard Johann Mulder (2004) s. 93.

⁴³ Dom af 18. juli 2013, sag C-426/11 Alemo-Herron mfl., Sml. endnu ikke offentliggjort, præmis 25.

gunstige for arbeidstagerne, eller at fremme eller tillade anvendelsen af overenskomstmæssige bestemmelser, der er mere gunstige for arbeidstagerne.”

Domstolen viser deretter til Werhof-dommen⁴⁴ avsnitt 31 og fastslår følgende:

”Direktivet har imidlertid ikke kun til formål at beskytte arbeidstagerens interesser i forbindelse med overførsel af virksomheder, men skal sikre den rette balance mellem sidstnævntes interesser på den ene side og erhververens interesser på den anden side. Navnlig præciserer direktivet, at erhververen bør være i stand til at foretage de tilpasninger og ændringer, der er nødvendige af hensyn til fortsættelsen af hans aktiviteter...”

”For det andet bemærkes, at det følger af fast praksis, at bestemmelserne i direktiv 2001/23 skal fortolkes under iagttagelse af de grundlæggende rettigheder, som er indeholdt i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) ... Den forelæggende ret har ganske vist oplyst i denne henseende, at den negative foreningsfrihed ikke er omhandlet i den foreliggende sag. Fortolkningen af artikel 3 i direktiv 2001/23 skal dog under alle omstændigheder være i overensstemmelse med chartrets artikel 16, der omhandler friheden til at oprette og drive egen virksomhed. Denne grundlæggende rettighed omfatter bl.a. aftalefriheden, således som det fremgår af forklaringerne udarbejdet for at vejlede om fortolkningen af chartret (EUT 2007 C 303, s. 17), og som i henhold til artikel 6, stk. 1, tredje afsnit, TEU og chartrets artikel 52, stk. 7, skal tages i betragtning ved fortolkningen heraf...”⁴⁵

Dette inntrykket forsterkes etter domstolens behandling av sak C-476/12. Spørsmålet gjaldt om § 4 nr. 2 i rammeavtalen om deltidsarbeid⁴⁶ skal fortolkes slik at prinsippet om pro rata temporis kommer til anvendelse ved beregning av et barnetillegg som utbetales av arbeidsgiveren til en deltidsansatt i henhold til en kollektiv overenskomst. Det omhandlede barnetillegg er ikke en lovbestemt ytelse som staten utbetaler, men et tillegg som utbetales av arbeidsgiver i henhold til en kollektiv overenskomst.⁴⁷ Domstolen konkluderer i sin avgjørelse med at selv om en del ytelser har karakter av sosialpolitiske hensyn, vil en slik ytelse fort få karakter av lønn når arbeidstakeren som en følge av arbeidsforholdet er berettiget å motta en slik ytelse fra arbeidsgiver. Imidlertid uttaler domstolen i avsnitt 18-20:

”Eftersom børnetillægget udgør en del af arbeidstagerens løn, fastsættes dette i henhold til vilkårene for arbeidsforholdet, som er aftalt mellem arbeidstageren og arbeidsgiveren...

Heraf følger, at hvis arbeidstageren i henhold til vilkårene for dette arbeidsforhold er ansat på deltid, må beregningen af børnetillægget i henhold til princippet om pro rata temporis anses for at være begrundet i objektive forhold som omhandlet i § 4, stk. 1, i rammeaftalen om deltidsarbejde og for at være hensigtsmæssig som omhandlet i rammeaftalens § 4, stk. 2...”

⁴⁴ Dom af 9. mars 2006, sag C-499/04, Sml 2006 I, s. 02397.

⁴⁵ Dom af 18. juli 2013, sag C-426/11 Alemo-Herron m.fl., Sml. endnu ikke offentliggjort, præmis 31 flg.

⁴⁶ Rådsdirektiv 97/81/EF av 15. desember 1997 om rammeavtalen om deltidsarbeid inngått mellom UNICE, CEEP og EFF (Deltidsdirektivet).

⁴⁷ Dom af 5. november 2014, sag C-476/12 Österreichischer Gewerkschaftsbund, Sml. endnu ikke offentliggjort, præmis 11-13.

Domstolen synes i sine avgjørelser her å benytte en mer systematisk tolkningsstil for å komme fram til rettsregelen der den i sin avgjørelse ser den enkelte bestemmelsens innhold i sammenheng med grunnleggende rettigheter og overordnede (sosialpolitiske) hensyn. Men også de konsekvenser en bestemmelses innhold kan få ikke bare for arbeidstaker, men også for arbeidsgiver hvis ikke hensynene balanseres og reglene ses i sammenheng. Dette medfører at ikke bare regelens formål tillegges vekt, men også de konsekvenser et slikt formål kan få hvis ikke hensynene balanseres og ses i en samfunnsmessig sammenheng. Regelens innhold tolkes som del av en rettslig sammenheng og ikke kun som en enkeltstående regel med utgangspunkt i et generelt formål.

På denne måten konserveres også utviklingen av retten og medfører at betydningen av ordlyden skal forstås på en bestemt måte. Slik vil for eksempel virksomhetsbegrepet eller arbeidstakerbegrepet i arbeidsretten ha en annen betydning enn i formuesretten.⁴⁸ Av juridisk litteratur fremgår det at med sin teleologiske tolkningsstil har domstolen bidratt til å fylle unionsrettens ”lovtomme rom”, og integrere medlemslandenes politiske og økonomiske systemer i en felles forståelse av grunnleggende prinsipper i det hovedformålet er å tolke rettsreglenes innhold slik at reglene blir så formålstjenlige som mulig. Formålsresonnementer alene kan imidlertid medføre en helt eller delvis erstatning av ordlydsfortolkningen og gi rom for å se bort fra regelens rettslige sammenheng. Utfordringen vil dermed etter hvert bli at domstolens avgjørelser får et konstitusjonelt preg med en praktisering av rettsreglene der hensynet til den allmenne unionsrettslige utviklingen og overordnede mål som økonomisk og politisk integrasjon på sikt fører til rettsklarhet.⁴⁹

1.8 Den videre framstilling

Overføringen av ansatte er sentralt i en virksomhetsoverdragelse.⁵⁰ Hvilke ansatte som oppnår det vern som direktivet tilbyr, avhenger av om arbeidstakeren har en rett til å bli overført der hun selv ikke har brakt arbeidsforholdet til opphør. I neste kapittel vil jeg først gjøre rede for vilkårene for at reglene kommer til anvendelse, deretter vil jeg drøfte tilsattes tilhørighet og hvem som skal følge med ved overdragelsen. Jeg vil i denne sammenheng gjøre rede for noen kriterier som vektlegges for å avgjøre den tilsattes tilhørighet ved overføring av deler av virksomheten, og om organisasjonens struktur har betydning for avgjørelsen om overføring. Deretter vil jeg redegjøre for virkningene av direktivet, og om dette har betydning for måten arbeidsgiver organiserer sin virksomhet på. En naturlig oppfølging av dette er spørsmålet om vernet gjennom overdragelsesdirektivet er styrket sammenlignet med norske rettstilstand på området før implementeringen i arbeidsmiljøloven. Dette vil avslutningsvis være gjenstand for en kort drøfting.

⁴⁸ Bernard Johann Mulder (2004) s. 94.

⁴⁹ Fredrik Sejersted m.fl. (2011) s. 55.

⁵⁰ Dom af 18. mars 1986, sag 24/85 Spijkers mod Benedik, Sml. 1986, s. 01119.

2 Vilkårene for virksomhetsoverdragelse

2.1 Innledning

Reglene om virksomhetsoverdragelse er inntatt i arbeidsmiljøloven kapittel 16. Hva som regnes som virksomhetsoverdragelse, følger av aml. § 16-1 der det heter:

”Dette kapittel kommer til anvendelse ved overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen.

2) §§ 16-2 og 16-4 får ikke anvendelse ved overdragelse fra et konkursbo.

Etter EU-domstolens praksis stilles det opp tre vilkår for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. Disse er angitt i Rt 2011 side 1755 (Gate Gourmet) avsnitt 47 til 49:

”For det første må overføringen gjelde en selvstendig økonomisk enhet.

For det andre kreves at virksomheten er overført til ny innehaver på grunnlag av kontrakt eller ved sammenslåing av virksomheter.

For det tredje er det et vilkår at den videreførte virksomheten i det vesentlige er den samme som før overføringen, slik at dens identitet er bevart.”

2.2 Gjennomgang av vilkårene

2.2.1 Selvstendig økonomisk enhet

Det må foreligge en selvstendig økonomisk enhet. Dette vilkåret vil som regel være oppfylt når hele virksomheten overføres. Tolkningsspørsmålene oppstår som regel først der det er snakk om overføring av deler av virksomheten. Direktivet definerer en økonomisk enhet som en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive en økonomisk virksomhet, enten det dreier seg om en hoved- eller bivirksomhet.⁵¹

I Schmidt-saken⁵² behandlet EU domstolen spørsmålet om overføringen av renholdsoppgavene i et foretak til et annet foretak kunne likestilles med overføring av en del av en virksomhet i overdragelsesdirektivets forstand, dels om dette også gjaldt selv om den konkrete renholdstjenesten det var snakk om ble utført av kun en ansatt i foretaket. Britisk og tysk rettspraksis la til grunn at foretakets (sparebankens) beslutning om å overføre

⁵¹ Rådsdirektiv 2001/23/EF artikkel 1 nr. 1 bokstav b.

⁵² Dom af 14. april 1994, sag C-392/92, Schmidt mod Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen, Sml. 1994 I, s.01311 præmis 16, se for øvrig Bernard Johann Mulder (2004) side 147.

renholdstjenesten til et annet foretak ikke innebar noen overdragelse av en økonomisk enhet. EU - domstolen fastslo imidlertid med henvisning til Spijkers - saken⁵³ at den nasjonale domstolen i sin vurdering av en komplisert transaksjon skal vurdere flere ulike kriterier, og at vernet av arbeidstakere ikke skal være avhengig av at kun en faktor blir vurdert.

Domstolen fikk sterk kritikk fra medlemslandene for sin avgjørelse i saken. Kritikken hadde sin bakgrunn i at domstolen ved behandlingen av spørsmålet om hvorvidt arbeidsoppgaver tilfredsstilte kravet til økonomisk enhet hadde konkludert med at overdragelsesdirektivet kom til anvendelse. Noe domstolen senere slår fast i sakene Rygaard og Suzen at en aktivitet eller arbeidsoppgaver alene ikke gjør.⁵⁴

I Rygaard-dommen fastslo domstolen at overføringen skal gjelde en økonomisk enhet som er organisert på en stabil måte, og hvis aktiviteter ikke er begrenset til utførelsen av en nærmere bestemt entreprise. I Suzen-dommen fastslo domstolen at begrepet enhet ikke bare relaterer seg til den aktivitet som utføres. En enhet bestemmes også av andre forhold, som for eksempel personalet som er ansatt i enheten, ytre rammer, tilretteleggelsen av arbeidet, driftsmåte og de driftsmidler enheten råder over.

Høyesterett behandlet i Nemko-dommen⁵⁵ spørsmålet om hvorvidt sentralbord/resepsjonstjeneste var en tilstrekkelig selvstendig aktivitet til å utgjøre en økonomisk enhet, men trekker ikke noen entydig konklusjon. I behandlingen av tilsvarende spørsmål i saken om Olderdalen Ambulanse, trekker Høyesterett den konklusjon at ambulansedrift utvilsomt utgjør en selvstendig økonomisk enhet.⁵⁶

Høyesterett viser i sin avgjørelse i Gate Gourmet-saken til EU-domstolen og trekker særlig i denne sammenheng fram EU-domstolens senere rettspraksis der de bekrefter, nyanserer og fyller ut rettskildebildet.⁵⁷

På bakgrunn av dette fastslår Høyesterett i avsnitt 53 følgende:

”Etter EU-domstolens praksis må det hvor det ikke er en hel bedrift eller en klart identifiserbar og uavhengig avdeling som overtas - ved vurderingen av om overføringen gjelder en selvstendig økonomisk enhet, foretas en samlet bedømmelse av det karakteristiske for den virksomhet som overføres. Det er ikke nødvendig at det i den overtakende bedrift gjenfinnes en spesifikk avdeling eller enhet som tilsvarende organiserer i den avgivende bedriften. Men jeg oppfatter EU-domstolens praksis slik at det som overføres må utgjøre en stabil og operasjonell enhet, som selv er i stand til å levere de tjenester som er karakteristiske for virksomhetens økonomiske aktivitet. I den helhetsvurdering som må foretas, vil vekten av de ulike momentene variere med virksomhetens art og driftsmåte.”

⁵³ Dom af 18. mars 1986, sag 24/85, Spijkers mod Benedik, Sml. 1986, s. 01119.

⁵⁴ Dom af 19. desember 1995, sag C-48/94 Ledernes Hovedorganisation, agissant pour Rygaard mod Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Strø Mølle Akustik, Sml. 1995 I, s. 02745, Dom af 11. mars 1997, sag C-13/95, Süzen mod Zehnacker Gebäudereinigung Krankenhauservice, Sml. 1997 I, s. 01259.

⁵⁵ Rt 1999 s. 977, se for øvrig Atle Sønsteli Johansen, Einar Stueland, (2011) side 867.

⁵⁶ Rt 2001 s. 248 avsnitt 3.

⁵⁷ Rt 2011 s. 1755, jf Dom af 13. desember 2007, sag C-458/05 Jouini e.a., Sml. 2007 I, s. 07301 præmis 34.

Det avgjørende for å fastslå om en del av en virksomhet er en selvstendig økonomisk enhet vil etter dette være om enheten etter overføringen fremdeles vil være i stand til å utføre og levere en tilsvarende økonomisk aktivitet.

2.2.2 Kravet til overføring gjennom kontrakt eller sammenslåing av virksomheter

Det må foreligge en avtalemessig disposisjon. Virksomheten må være overført til ny innehaver (arbeidsgiver) på grunnlag av kontrakt eller ved sammenslåing av virksomheter (fusjon). Det er imidlertid ikke noe vilkår at det foreligger noe direkte kontraktsforhold mellom den tidligere og nye virksomhetsinnehaver.⁵⁸ En intern omorganisering innen samme rettssubjekt er slik ikke en overføring i henhold til disse reglene. Det samme gjelder en administrativ omorganisering av offentlig forvaltningsmyndighet.⁵⁹ For overdragelse av aksjer vil det samme gjelde.

Kravet til overføring ved en avtalemessig disposisjon, er tolket vidt. En gjensidig bebyrdende avtale om en overføring tilfredsstiller kravet. Det samme gjør en ensidig disposisjon som arv, gave eller skifte.⁶⁰

Direktivet kommer også til anvendelse ved overføring som følge av forvaltningsvedtak. Domstolen fastslår i Redmond-Stichting saken⁶¹ at direktivet skal ha anvendelse i alle de tilfeller hvor det som ledd i et kontraktsforhold skjer en utskifting av den fysiske eller juridiske personen som er ansvarlig for virksomhetens drift, og som påtar seg en arbeidsgivers forpliktelser overfor arbeidstakerne i virksomheten.⁶² I dommen uttaler EU-domstolen at offentlig støtte i noen av medlemslandene blir gitt ved ensidige beslutninger, mens hos andre ved inngåelse av offentlige kontrakter. Det spiller derfor ingen rolle at overføringen av offentlig støtte skjer ved et forvaltningsvedtak.

Overføring mellom en overdrager og en erverver via en tredjemann omfattes også. Det kan dreie seg om et leieforhold som bringes til opphør med tidligere leier, og eieren leier ut til ny leier. Det foreligger ikke noe avtale mellom tidligere og ny leier om en overføring av aktiviteten i lokalene, men dette er ikke til hinder for at kravet til en overføring er oppfylt.⁶³

Et annet eksempel på et trepartsforhold hvor kravet til overføring er oppfylt, er anbudskonkurranse hvor kontrakten går til ny virksomhet. I Liikenne-dommen som gjaldt en

⁵⁸ Jf. Rt 2006 s. 71 avsnitt 73 der det henvises til EU-domstolens dom av 25. januar 2001 i saken C-172/99 Oy Liikenne Ab mot Pekka Liskojärvi og Pentti Juntunen avsnittene 28-30 med nærmere henvisninger til tidligere praksis. I arbeidsmiljøloven er sammenslåingsalternativet ikke uttrykkelig nevnt, da slike transaksjoner er antatt alltid å måtte ha grunnlag i en avtalemessig disposisjon, se Ot.prp. nr. 71 (1991-1992 side 33). Se også Arne Fanebust (2014) s. 258.

⁵⁹ Rådsdirektiv 2001/23/EF artikkel 1 nr. 1 bokstav c.

⁶⁰ Atle Sønsteli Johansen, Einar Stueland, (2011) side 870.

⁶¹ Dom af 19. mai 1992, sag C-29/91 Redmond Stichting mod Bartol m.fl., Sml. 1992 I, s. 03189, præmis 29.

⁶² Se også Dom af 15. juni 1987, sag 101/87, Bork International mod Foreningen af Arbejdsledere i Danmark Sml. 1988, s. 03057 præmis 13.

⁶³ Dom af 10. februar 1988, sag 324/86, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mod Daddy's Dance Hall A/S Sml. 1988, s. 00739 præmis 11.

anbudskonkurranse i bussektoren, konkluderer EU-domstolen med at direktivets bestemmelser får anvendelse også der overføring skjer som følge av offentlig anbudsprosedyre.⁶⁴ Forholdet mellom overdrageren og erververen kan også være mer indirekte. I Temco-dommen behandler EU-domstolen spørsmålet om direktivet kommer til anvendelse når et selskap sier opp en inngått kontrakt med et firma som har overlatt denne tjenesten til et datterselskap som utfører tjenesten som en underentreprise, for deretter å inngå ny kontrakt med et annet selskap.

EU-domstolen konkluderer i dommens avsnitt 32 med at ”Den omstændighed, at den overdragende virksomhed ikke er den, som har indgået den første kontrakt med ordregiveren, men kun er medkontrahentens underentreprenør, er uden betydning for selve begrebet overførsel som følge av overdragelse, i det det er tilstrækkelig, at den pågældende overførsel sker som led i kontraktsforhold, selv hvis de kun er indirekte kontraktsforhold”.

Spørsmålet om det er et krav at overføringen skjer i form av kontrakt, var oppe i Bardufoss Flyservice-dommen. Høyesterett konkluderer ikke, men uttaler at ”det eneste avgjørende er at leverandøren er skiftet ut med en ny.”⁶⁵

Til sist skal også nevnes at det kan være aktuelt for en panthaver å ta virksomheten til tvangsbruk, og dette kan etter direktivet utløse et oppsigelsesvern for arbeidstakerne.⁶⁶

2.2.3 Identitetsvilkåret

2.2.3.1 *Innledning*

En del av de samme momentene vil gjøre seg gjeldene ved vurderingen av både enhetsvilkåret og identitetsvilkåret. Det er derfor vanskelig å trekke et skarpt skille mellom dem, noe også EU-domstolens praksis viser.⁶⁷ Det vil være en sammenheng mellom en stabil organisert enhet og bedømmelsen av om den fortsatt er i stand til å utføre en tilsvarende (eller identisk) økonomisk aktivitet etter overføringen. For å avgjøre dette, er det viktig å avgjøre hva slags virksomhet enheten skal utføre.

En rekke avgjørelser omhandler hvorvidt enhetens identitet er i behold etter overføringen. Den avgjørelsen som særlig belyser identitetskravet er grundig gjennomgått blant annet i SAS-dommen hvor særlig kriteriene angitt i EU-domstolens avgjørelse i sak C-24/85 (Spijkers) trekkes fram som utgangspunkt for bedømmelsen av om virksomhetens identitet er i behold etter overføringen. I dommens avsnitt 13, også sitert i Rt 2006 side 76 (SAS) avsnitt 78, er det gitt følgende oppsummering av hva som må tas i betraktning når det skal avgjøres om identitetsvilkåret er oppfylt:

⁶⁴ Dom af 25. januar 2001, sag C-172/99, Liikenne, Sml. 2001 I, s. 00745, præmis 20 flg.

⁶⁵ Rt 2010 s. 330 avsnitt 59.

⁶⁶ Rt 1995 s. 270, se s. 275.

⁶⁷ Rt 2011 s. 1755, avsnitt 50, Jan Fougner m.fl. (2012) s. 911.

”Ved afgørelsen af, om dette må anses for tilfældet, må der tages hensyn til samtlige omstændigheder omkring afhændelsen, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overdragelse af de fysiske aktiver som for eksempel bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunkt for overdragelsen, hvorvidt den nye indehaver overtager størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekretsen overtages samt i hvor høj grad de økonomiske aktiviteter før og efter overdragelsen er de samme, og hvor længe virksomhedens drift eventuelt har været indstillet. Det bemærkes dog i denne forbindelse, at alle disse omstændigheder kun kan indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og at de derfor ikke kan vurderes isoleret.”

Det fremheves i dommens afsnitt 86 at hvor en virksomhet i hovedsak har vært karakterisert av en enkelt innsatsfaktor, typisk arbeidskraft eller fysiske driftsmidler, er det ved identitetsvurderingen ofte lagt utslagsgivende vekt på denne. Kan virksomheten ikke karakteriseres ved noen enkelt faktor, må spørsmålet om virksomhetens identitet er i behold ”... avgjøres ut fra en samlet bedømmelse av alle de faktorer som etter EF-domstolens praksis er relevante”.⁶⁸

2.2.3.2 Momenter i identitetsvurderingen

EU-domstolen fastslo i sak C-24/85 (Spijkers) hvilke momenter som vil kunne inngå i identitetsvurderingen, der de uttaler at det er nødvendig å foreta en helhetsvurdering basert på alle de forhold som karakteriserer den aktuelle transaksjonen, herunder om aktiviteten overdrageren drev videreføres av erververen.

Momentene er:

- Krav til videreføring av aktivitet
- Hvilken type eller art virksomhet det er snakk om
- Overføring av fysiske aktiva som bygninger, varelager, maskiner mv
- Overføring av immaterielle aktiva og/eller rettigheter
- Overføring av ansatte/arbeidstakere
- Overføring av kundekrets
- Eventuell driftsstans og varigheten av denne

Domstolen understreker i Spijkers-saken at momentene opplistet ikke er uttømmende, at alle kun utgjør enkeltelementer i en totalvurdering og ikke kan vurderes isolert.⁶⁹ Det skal med andre ord foretas en bred skjønnsmessig vurdering av hva som er overført fra overdrageren til erververen, for å avgjøre om identiteten er i behold. Momentenes vekt vil således avhenge av hva slags type virksomhet det gjelder.⁷⁰

⁶⁸ Rt 2006 s. 71, avsnitt 78-84 og 86.

⁶⁹ Dom af 18. mars 1986, sag 24/85 Spijkers mod Benedik, Sml. 1986, s. 01119, præmis 13.

⁷⁰ Atle Sønsteli Johansen, Einar Stueland (2011) s. 874.

I vurderingen og avveiningen av de ulike innsatsfaktorenes betydning for identiteten, spesielt med tanke på momentet som vektlegger betydningen av overføringen av ansatte, er det gjennom rettspraksis reist spørsmål om mangelen på overføring av ansatte i det hele tatt skal telle negativt i identitetsvurderingen i det formålet med reglene er å sikre de ansattes rettigheter der virksomheten skifter innehaver. Det vil si at man i stedet betrakter overføringen av ansatte ikke som en del av rettsfaktum, men som den sentrale rettsvirkningen av overdragelsesdirektivets artikkel 3 nr. 1 første ledd, jf aml. § 16-2 (1) første punktum hvor det framgår at arbeidsforholdet til de berørte ansatte overføres til den ervervende virksomheten. Dette perspektivet er bakgrunnen for at jeg i denne oppgaven ønsker å se på hvordan de ansattes tilhørighet avgjøres og om overføringen av rettigheter har betydning for denne avgjørelsen.

Av hensyn til omfanget vil oppgaven derav begrenses til å ta for seg det momentet jeg anser i denne sammenheng å ha mest relevans, dvs. krav til overføring av aktivitet. Dette er begrunnet i domstolenes rettspraksis hvor kravet til videreføring av aktivitet synes tillagt vesentlig vekt i avgjørelsen av om det foreligger en overdragelse av virksomhet. Dette momentet er sentralt i forhold til å identifisere virksomheten og får følger for hvilke arbeidstakere som overføres. EU-domstolen har i flere saker fremhevet at den type aktiviteter virksomheten utfører, har betydning ved vurderingen av hvilken vekt de ulike overførte elementene skal ha.⁷¹ Betydningen av å avgjøre virksomhetens art, uttrykkes slik i Temco-saken:⁷² ”Domstolen har uttalt, at afgørelsen af, hvilken vægt der skal tillægges de forskellige kriterier for, om der i henhold til direktivet er tale om en overførsel, nødvendigvis afhænger af, hvilken type aktivitet der udføres, og hvilke produktions- eller driftsområder der anvendes i den pågældende virksomhed, bedrift eller del af bedrift.”

Dermed vil dette momentet antas å være spesielt relevant når det gjelder å avgjøre om virksomheten vil fremstå i det vesentlige som den samme etter overføringen og hvilke kriterier domstolene legger til grunn for slutninger om tilsattes tilhørighet.

2.2.3.3 *Krav til videreføring av aktivitet*

Momentet gjelder hvorvidt aktiviteten overdrageren drev, videreføres av erververen. Dersom aktiviteten endres, hvor overdrageren driver en butikk og erververen starter en restaurant, vil virksomhetens eller aktivitetens art etter dette ikke være videreført. Derav blir dette momentet stående i en særstilling i det en gjennomgang av de andre momentene fort blir formålsløs hvis dette likhetskriteriet ikke er oppfylt. I forarbeidene til gjeldende bestemmelser og kapitel 16, § 16-1, fremgår det av departementets kommentarer at ”Et sentralt vurderingstema er om den økonomiske aktiviteten videreføres, det vil si om driften fortsetter eller gjenopptas av erverver. Det er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for at reglene skal komme til

⁷¹ Mona Næss (2013) s. 74.

⁷² Dom af 24. januar 2002, sag C-51/00, Sml. 2002 I, s 00969, præmis 25.

anvendelse, at den nye innehaver faktisk fortsetter eller gjenopptar driften i form av de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter.”⁷³

Det er eksempler fra EU-domstolens praksis der et enkelt moment hovedsakelig identifiserer virksomheten eller aktiviteten. I sak C-13/95(Suzen)⁷⁴ slår domstolen fast at det er i hovedsak de ansatte som karakteriserer virksomheten. Det heter i avsnitt 21:

I visse brancher, hvor arbejdskraften udgoer den vaesentligste del af aktiviteten, vil en gruppe af arbejdstagere, som i laengere tid udfoerer en faelles aktivitet, kunne udgoere en oekonomisk enhed, og en saadan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overfoersel, naar den nye indehaver ikke blot viderefoerer den hidtidige aktivitet, men ogsaa overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgaengeren specielt udfoerte denne opgave. Med ordvalget i Rygaard-dommen, praemis 21, overtager den nye indehaver i saa fald en organiseret helhed af elementer, der goer det muligt paa stabil maade at fortsaette den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse.”

I Rt 1997 side1954 Østvang Fritid viser Høyesterett i sin begrunnelse til avsnitt 21 i Suzen-dommen, og uttaler følgende: ”Etter min mening bør spørsmålet om identitet i forhold til en virksomhet av den art som Østvang Fritid drev, først og fremst knyttes til omstendighetene rundt virksomhetens innhold, derunder i hvilken grad den var preget av de personer som var ansatt, hvem virksomheten var rettet mot og hvorledes den måtte oppfattes av omverdenen. Når spørsmålet til slutt blir om virksomheten har bevart sin identitet, vil svaret måtte gis ut fra en sammenligning mellom den virksomhet som ble drevet av Østvang Fritid og den virksomhet som senere fant sted i kommunal regi. I begge tilfeller ble virksomheten drevet i de samme lokaler og med barnefamiliene i skolekretsen som målgruppe. Så langt er det naturlig å oppfatte den kommunale ordning som en fortsettelse av Østvang Fritids virksomhet. Når jeg likevel har kommet til at virksomheten ikke beholdt sin identitet ved overføringen til kommunen, har det sin årsak i at jeg legger avgjørende vekt både på de sider ved virksomheten som kan knyttes til de ansattes kvalifikasjoner, og på innholdet i det tilbud som ble gitt de barna som var omfattet av ordningen. Slik jeg ser saken, er det nær sammenheng her.

I sin avgjørelse legger Høyesterett avgjørende vekt på de ansattes kompetanse for å fastslå hvorvidt virksomheten har beholdt sin identitet etter overføringen. Kravet til videreføring av aktivitet er ikke oppfylt idet kommunen etter overdragelsen legger et annet formål til grunn for virksomheten. Høyesterett kom dermed fram til at identiteten ikke var videreført og begrunnet dette med at (side 1963) ”den skolefritidsordning og det 6 årstilbud som kommunen iverksatte fra 1. august 1995 på en slik måte skiller seg fra Østvang Fritids avsluttende virksomhet at man ikke har å gjøre med en overføring av virksomhet i den forstand dette begrepet benyttes i arbeidsmiljøloven § 73 A.”

⁷³ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) side 257, se for øvrig Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, (2011) s. 875.

⁷⁴ Dom af 11. mars 1997, sag C-13/95, Süzen mod Zehnacker Gebäudereinigung Krankenhauservice, Sml. 1997 I, s. 01259.

Karakteristisk for disse dommene er at det vises til bransjer hvor arbeidskraften har betydning, det vil si arbeidstakerne utgjør en vesentlig del av aktiviteten. Da vil en gruppe av arbeidstakere som i lengre tid utfører en felles aktivitet, kunne utgjøre en økonomisk enhet. Gruppen eller enheten vil kunne opprettholde sin identitet etter overføringen når den nye innehaveren ikke bare viderefører den tidligere aktiviteten, men også overtar en del av det personell som hos overdrageren utførte denne oppgaven.

3 Nærmere om kriteriene for avgjørelsen av tilsattes tilhørighet

3.1 Innledning

Overdragelse av virksomhet til annen arbeidsgiver er ikke i seg selv grunn for oppsigelse eller avskjed fra tidligere eller ny arbeidsgiver, jf direktivets artikkel 4 nr 1, aml. § 16-4 (1). Dette er fra lovgivers side en forbudsbestemmelse som, i motsetning til andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven ikke gir rom for en nærmere saklighetsvurdering. Dette er også i tråd med direktivets ordlyd. En oppsigelse eller en avskjed fra tidligere eller ny arbeidsgiver alene på grunn av overføringen, vil etter dette være ugyldig. Der vilkårene for overdragelse etter direktivet og aml. § 16-1 er oppfylt utløses derav en rett til vern for den arbeidstakeren som får arbeidsoppgavene sine overført til ny arbeidsgiver.⁷⁵ Overdras hele virksomheten, er utgangspunktet at alle ansatte i virksomheten på overdragelsestidspunktet har en rett til å gå over til erverver på uendrede vilkår. Overdras bare en del av virksomheten, oppstår ofte et behov for avgrensning, dvs hvilke arbeidstakere berøres på en slik måte at de har en overføringsrett.

3.1.1 Det rettslige utgangspunktet

Det er overdrager og erverver som avgjør hvilken del av virksomheten, med tilhørende arbeidstakere, som overføres. Rådet for Den europeiske union erklærer i forløperen til någjeldende direktiv at dette avgjøres ved en avtaleinngåelse mellom partene. Denne avtaleinngåelsen berører imidlertid ikke arbeidstakernes muligheter for å gjøre rettslige innsigelser mot det partene avtaler om deres tilhørighet.⁷⁶ Arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhetsoverdragelse anerkjennes dermed som et rettslig spørsmål av preseptorisk

⁷⁵ Direktivet artikkel 1 nr. 1 bokstav a, aml. § 16-1(1).

⁷⁶ R/212/77 (SOC 32) av 10. februar 1977.

karakter. Erklæringen gir imidlertid ikke anvisning på noen rettslige prinsipper for å avgjøre spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet.⁷⁷

3.2 Kriterier som vektlegges for å avgjøre tilsattes tilhørighet

Spørsmålet vedrørende hva som avgjør arbeidstakerens tilhørighet og hvem som skal følge med til erverver ved overdragelse av del av virksomhet er ikke løst verken i 2001 direktivets eller arbeidsmiljølovens ordlyd, og har så vidt jeg kjenner til i liten grad vært behandlet for norske domstoler.

I forarbeidene til det nye kapitlet i arbeidsmiljøloven (1977) legges imidlertid følgende til grunn når det gjelder overføring av ansatte:

”Det bør videre understrekes at dersom en del av en virksomhet overdras, får de foreslåtte bestemmelser anvendelse for de arbeidstakere som er knyttet til den aktuelle delen. Det kan være vanskelig å avgrense denne gruppen. Det avgjørende må være hvor arbeidstakerne primært har hatt sin tilknytning, og hvor det derfor er mest naturlig at vedkommende fortsetter.”⁷⁸

Forarbeidene kommer med anvisning på et kriterium om primær tilknytning for å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet. Etter å ha angitt at det avgjørende må være hvor arbeidstakerne primært har hatt sin tilknytning, og hvor det er mest naturlig at de fortsetter, viser imidlertid forarbeidene til Botzen hvor EU domstolen utdyper hvilke personer som har rett til en overføring til ny arbeidsgiver.

3.2.1 Prinsippet om organisatorisk tilknytning

Domstolen fastslår i Botzen følgende:

”Article 3 (1) of Directive No 77/187⁷⁹ must be interpreted as not covering the transferor's rights and obligations arising from a contract of employment or an employment relationship existing on the date of the transfer and entered into with the employees who, although not employed in the transferred part of the undertaking, performed *certain duties* which involved the use of assets assigned to the part transferred or who, whilst being employed in an administrative department of the undertaking which has not itself been transferred, carried out *certain duties* for the benefit of the part transferred” (min utheving).

⁷⁷ Martin Jetlund (2010) s. 299.

⁷⁸ Ot.prp.nr. 71 (1991-92) s. 32.

⁷⁹ Direktiv 77/187 EØF, forløperen til gjeldende direktiv.

Spørsmålene domstolen var blitt forelagt, gjaldt ikke hvor mye arbeidstakeren hadde arbeidet for den delen av virksomheten som ble overdratt. I svaret uttaler EU-domstolen seg om tilfeller hvor det utføres visse oppgaver for enheten som overføres. Domstolen la som avgjørende kriterium vekt på om den avdeling arbeidstakerne var ansatt i, og som fra et organisatorisk synspunkt dannet rammen om deres arbeidsforhold, ble overført eller ikke:

”Arbeidsforholdet er nemlig i alt væsentligt karakteriseret ved den tilknytning, arbeidstageren har til den del af virksomheden eller bedriften, ved hvilken han er placeret for at udøve sit hverv. For at kunne afgøre, om rettigheder og forpligtelser i henhold til et arbeidsforhold i medfør af direktiv 77/187 overgaar til erhververen som følge af en overførsel i den i direktivets artikel 1, stk. 1, forudsatte betydning, er det derfor tilstrækkeligt at fastslaa, hvilken del af virksomheden eller bedriften den paagældende arbejdstager var ansat i.”

På denne bakgrunn konkluderte EU domstolen med;

”... at det eneste afgørende kriterium paa, om rettigheder og forpligtelser overgaar til erhververen, er, om den afdeling, arbejdstagerne var tilknyttet, og som fra et organisatorisk synspunkt dannede rammen om deres arbeidsforhold, overføres eller ej.”⁸⁰

Botzen og de syv andre som var blitt sagt opp, var organisatorisk plassert i administrasjonsavdelinger. Avdelingene ble ikke overført til det nye selskapet. Etter domstolens synspunkt ble de ikke ansett å være omfattet av direktivet. Domstolen synes her å stille opp et krav om organisatorisk tilknytning for at arbeidstakerne skal ha rett til overføring av sitt arbeidsforhold til erverver. Hvilke arbeidstakere som har rett til overføring til ny arbeidsgiver, må etter Botzen avgjøres ut fra den ansattes tilhørighet til den organisatoriske eller med andre ord økonomiske enheten som overdras. Hva som utgjør en økonomisk enhet, vil etter dette få betydning.

3.2.1.1 Tolkning av premissene i Botzen

I juridisk teori pekes det på at premissene i Botzen er både kortfattede og vanskelige å tolke. Jetlund⁸¹ peker i sin artikkel på de ulike språkversjonene av dommen og den betydning domstolens arbeidsspråk fransk kan ha for forståelsen av begrepet ”ansatt i” i den danske versjonen eller ”assigned” i den engelske versjonen av dommen. I den franske versjonen av dommen fremgår det som følger: ”... il suffit donc d'etablir a quelle partie de l'entreprise ou de l'etablissement le travailleur en cause se trouvait affecte.”

På norsk kan dette oversettes på følgende måte: ”... det er dermed tilstrekkelig å finne frem til i hvilken del av selskapet eller virksomheten arbeidstakeren utførte arbeidet.”

⁸⁰ Dom af 7. februar 1985, sag 186/83, Botzen Rotterdamsche Droogdok Maatschappij, Sml. 1985, s. 00519, præmis 14-16.

⁸¹ Martin Jetlund (2010) s. 310.

På lik linje med den engelske versjonen vises det ikke her direkte til organisatorisk tilknytning. I gjengivelsen av Kommisjonens synspunkt, hvor man ser på uttalelsen i avsnitt 14 heter det at den delen som må overdras er: "... le service auquel ils etaient affectes et dans le cadre duquel se concretisait, du point de vue de l'organisation, leur relation de travail, ...". På norsk kan dette oversettes på følgende måte: "... avdelingen hvor arbeidet ble utført og som ut fra et organisatorisk synspunkt dannet rammen om arbeidsforholdet, ...". I den danske versjonen av Botzen brukes ordlyden "ansat i", selv om også andre uttrykk brukes der den engelske versjonen bruker ordlyden "assigned".

EU-domstolen kom i Botzen frem til at det å utføre "visse oppgaver" for den delen av virksomheten som overdras, ikke er tilstrekkelig til å være omfattet av reglene om virksomhetsoverdragelse. Generaladvokaten i Botzen tok spørsmålet om reglene vil gjelde for arbeidstakere i fellesavdelinger som arbeider for den delen av virksomheten som overdras, opp i sin anbefaling til kommisjonen. Det er på dette punktet at EU-domstolens premisser og generaladvokatens uttalelse klart skiller lag. Mens generaladvokaten ville la arbeidstakere som utfører arbeid for delen som overdras være omfattet dersom det bare er tale om "de minimis" oppgaver ellers, avgrenset domstolen mot denne problemstillingen.⁸²

3.2.2 Prinsippet om primær tilknytning i matriseorganisasjoner

Forarbeidene ved implementeringen av direktivet i norsk rett gir anvisning på et krav om primær tilknytning til den enheten som overføres, og kan tale for en videre fortolkning av arbeidstakernes tilhørighet enn det som legges til grunn i Botzen. I denne sammenheng reiser spørsmålet seg om utføring av fellesfunksjoner for enheten gir en tilstrekkelig tilknytning til den økonomiske enheten som overføres. Samtidig som det må belyses hvorvidt rettspraksis anser fellesfunksjoner som nødvendig del av den økonomiske enhetens identitet, det vil si om denne aktiviteten utgjør en del av "en organisatorisk helhet af elementer, der goer det muligt paa stabil maade at fortsaette den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse."⁸³

Selskaper i konsern som utstasjonere fagarbeidere til å utføre spesielle oppgaver vil også være et eksempel på organisasjoner med flere hierarkier. Et annet eksempel er ved virksomhetsoverdragelser i trepartsforhold, hvor oppdragsgiver for eksempel sier opp avtalen med tidligere leverandør av tjenester (overdrager) og tildeler den til en ny leverandør (erverver). Her kan virksomheten knyttet til den aktuelle avtalen være organisert med arbeidstakere som jobber på tvers i organisasjonen.

⁸² Forslag til avgjørelse sag 186/83 Arie Botzen m.fl. mod Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV. Sml. 1985, s. 521 punkt 3.

⁸³ Dom af 19. september 1995, sag C-48/94, Ledernes Hovedorganisation, agissant pour Rygaard mod Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Strø Mølle Akustik, Sml. 1995 I, s. 02745, præmis 21.

Spørsmålet blir derav om et prinsipp om primær tilknytning kan anvendes for å avgjøre ansattes tilhørighet i tilfeller hvor det ikke foreligger klare organisatoriske rammer for den virksomheten som overføres.⁸⁴

EU-domstolens dom i sakene Rask og Schmidt støtter opp om et prinsipp om primær tilknytning når det ikke foreligger klare organisatoriske rammer for hva som utgjør den økonomiske enhetens virksomhet. Dommene⁸⁵ viser til avsnitt 15 i Botzen der domstolen uttaler at beskyttelsen etter direktivet, i tilfeller hvor det overføres en del av en virksomhet, omfatter "... employees assigned to that part of the undertaking ..." (min utheving). Det ble ikke vist til avsnitt 14 i Botzen, som omtaler en organisatorisk tilknytning til den økonomiske enheten som overføres. Dommene kan dermed virke mer i retning av at reglene skal omfatte arbeidstakere "assigned to" eller på norsk oversatt til "tilknyttet" den avdeling som overføres. Som kriterium for å avgjøre tilsattes tilhørighet vil det etter disse avgjørelsene kunne legges mer vekt på hvilken enhet arbeidstakeren er tilknyttet, og mindre på i hvilken enhet han er ansatt. Med andre ord, avgrense mer mot den reelle og mindre mot det formalistisk formulerte kriteriet i Botzen avsnitt 14.

I Stavanger Catering-saken⁸⁶ behandler EFTA-domstolen indirekte spørsmålet om arbeidstakernes tilhørighet. Saken gjaldt en arbeidstakers rettigheter til pensjon etter at Stavanger Catering AS overtok en kontrakt for forpleinings- og rengjøringstjenester om bord på plattformen Eko Alpha i Nordsjøen. Arbeidet under kontrakten var tidligere blitt utført av selskapet Scandinavian Service Partner. EFTA-domstolen drøftet vilkåret "økonomisk enhet" i direktivet. Den uttalte at dersom en del av en tjenesteyters virksomhet skal oppfattes som en særskilt økonomisk enhet, må den normalt ha arbeidstakere som "i hovedsak er knyttet til denne enheten". Et vilkår om at arbeidstakerne "i hovedsak" må være knyttet til den delen som overdras, kan sammenliknes med et prinsipp om primær tilknytning slik det kommer til uttrykk i forarbeidene ved implementeringen av direktivet.⁸⁷

I Jouini⁸⁸ konkluderer EU - domstolen med at overføringen av del av et bemanningsforetak var å anse som en virksomhetsoverdragelse i direktivets forstand. Rettighetsovergangen omfattet både arbeidstakerne i de overførte administrative stillingene i selve bemanningsforetaket og arbeidstakerne som var utleid til kunder. I vurderingen av vilkåret om "økonomisk enhet" uttalte EU-domstolen at der det ikke fantes organisatoriske enheter måtte det ses hen til om det forelå en operasjonell gruppe som organisatorisk kunne etablere en økonomisk enhet og utøve en økonomisk virksomhet med et selvstendig formål. EU-domstolen kom til at en gruppe som bestod dels av administrativt personell og dels av arbeidstakere utleid til bemanningsforetakets kunder, utgjorde en organisert helhet av personer som gjorde det mulig å utøve en økonomisk virksomhet med et selvstendig formål, jf. artikkel 1 nr. 1 (b) i direktivet.

⁸⁴ Martin Jetlund (2010) s. 312.

⁸⁵ Dom af 12. november 1992, sag C-209/91, Rask og Christensen mod ISS Kantineservice, Sml. 1992 I, s. 05755, præmis 16, Dom af 14. april 1994, sag C-392/92 Schmidt mod Spar und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen, Sml. 1994 I, s.01311 præmis 13.

⁸⁶ E-2/95 Eilert Eidesund v. Stavanger Catering AS (1995-1996) EFTA CR 1 avsnitt 36.

⁸⁷ Martin Jetlunds (2010) s. 319.

⁸⁸ Dom af 13. september 2007, sag C-458/05 Jouini e.a., Sml. 2007 I, s. 07301.

Vilkåret ”økonomisk enhet” i direktivet tolkes av domstolen som at arbeidstakere i administrative stillinger og arbeidstakere som utfører arbeid for kundene har rett til overføring av sitt arbeidsforhold til erverver. Når grensene for den økonomiske enheten kan trekkes slik, på tvers av de ulike gruppene av arbeidstakere, taler det for at arbeidstakere i fellesavdelinger som i hovedsak arbeider for den delen som overdras, er omfattet av reglene om virksomhetsoverdragelse. I motsatt tilfelle vil det være lite samsvar mellom tolkningen av vilkåret ”økonomisk enhet” og kravet til arbeidstakernes tilknytning for å ha rett til overføring av arbeidsforholdet til erverver.⁸⁹

Prinsippet om betydningen av primær tilknytning synes forsterket i EU domstolens senere praksis. I Albron-saken⁹⁰ behandlet domstolen spørsmålet om arbeidstakerne er beskyttet av reglene i direktivet når det skjer en overførsel av aktivitetene fra et selskap i et konsern til et selskap utenfor konsernet, der en annen juridisk enhet innenfor konsernet fungerer som sentral arbeidsgiver og utstasjonierer sine arbeidstakere på permanent basis til forskjellige selskaper i konsernet. Det heter i dommens avsnitt 31-32:

”Hvis der under disse omstændigheder inden for en koncern samtidigt findes to arbejdsgivere, en, der har et kontraktligt forhold til arbejdstagerne i koncernen, og en anden, der har et ikke-kontraktligt forhold til disse, kan den arbejdsgiver, der er ansvarlig for den økonomiske aktivitet i den overførte enhed, og som i medfør heraf fastsætter arbejdsforholdene for denne enheds arbejdstagere, ligeledes anses for ”overdrager” i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 2001/23, og dette uanset at der ikke findes et kontraktforhold til disse arbejdstagere.

De forelagte spørsmål skal derfor besvares med, at et selskab i en koncern, hvortil arbejdstagerne på permanent vis var udstationeret, dog uden at være knyttet til selskabet ved en arbeidskontrakt, i tilfælde af en overførsel som omhandlet i direktiv 2001/23 af et selskab i en koncern til et selskab uden for denne koncern ligeledes kan anses for at være ”overdrager” i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i nævnte direktivs artikel 2, stk. 1, litra a), selv om der inden for denne koncern findes et selskab, hvortil de pågældende arbejdstagere var knyttet ved en sådan arbeidskontrakt.

EU-domstolen uttaler her at vilkåret om overføring av virksomhet etter direktivet er oppfylt for de arbeidstakere som ikke har en arbeidskontrakt med den økonomiske enheten som overføres: Det avgjørende er hvor de utfører arbeidet sitt, og hvem som har ansvaret for den økonomiske aktiviteten som overføres. Derav anses den som har ansvaret for den økonomiske enheten som den ansattes utfører arbeidet for, for overdrager (arbeidsgiver) i direktivets forstand.

Dette forsterkes etter Høyesteretts behandling i Rt 2012 side 983. Etter å ha fastslått at det foreligger en virksomhetsoverdragelse, behandler Høyesterett spørsmålet om personer som er utplassert på borerigg etter en såkalt secondmentavtale, har slik tilknytning til riggen som arbeidssted at reglene om virksomhetsoverdragelse gjelder for dem. Høyesterett klargjør først

⁸⁹ Martin Jetlund (2010) s. 328.

⁹⁰ Dom af 21. oktober 2010, sag C-242/09 Albron Catering, Sml. 2010 I, s. 10309.

begrepet secondment, og fastslår at arbeidstakerne det gjaldt ikke har et ordinært ansettelsesforhold hos det overdragende selskap (Stena Drilling AS). Det formelle ansettelsesforholdet hadde de til Stena Drilling PTE Ltd., et såkalt bemannings- eller utlånsselskap. Secondmentavtale er ikke en utbredt avtaleform i Norge, men relativt vanlig i Storbritannia. Den juridiske forståelsen av begrepet "secondment" er inntatt i dommens avsnitt 98:

"This is an arrangement where the original (or seconding) employer «lends» their employee (the secondee) to another employer (the host). The host will normally pay the original employer for the salary and other costs/expenses arising from the employment. The original employer may also charge a fee. The idea of a secondment is that the secondee will remain employed by the original employer for the duration of the secondment and will return to the original employer at the termination of the secondment."

Spørsmålet etter dette var om arbeidstakerne uten å ha hatt formell arbeidsavtale likevel har et arbeidsforhold til den økonomiske enheten, vertsselskapet Stena Drilling AS, som kunne gi grunnlag for overføring av arbeidsforholdet til erverver Songa Services AS etter aml. § 16-2 første ledd. I sin vurdering av spørsmålet legger Høyesterett avgjørende vekt på hvem som ivaretar arbeidsgiverfunksjonene. Det heter i avsnitt 103 og 104:

"Skal den opprinnelige arbeidsgiver beholde statusen som arbeidsgiver, må denne opprettholde det vesentlige av arbeidsgiverfunksjonene. Jo mer det reelle forholdet mellom verten og den «seconderte» har karakter av et ordinært ansettelsesforhold, jo lettere vil dette bli lagt til grunn, i alle fall på den måten at den «seconderte» kan gjøre gjeldende rettigheter som tilkommer ordinært ansatte hos verten. Hvordan er så forholdene i vår sak? Ifølge lagmannsretten opptrådte Stena Drilling AS fra 2004/2005 til 2009 «for alle praktiske formål [...] som deres arbeidsgiver» og «de hadde lønns- og arbeidsvilkår på linje med arbeidstakere på riggen som var direkte ansatt i Stena Drilling AS». Siden anken over bevisbedømmelsen ikke er tillatt fremmet, er dette opplysninger som må legges til grunn i den videre behandling. Det er for øvrig ikke gitt noen opplysning i saken som peker i retning av at Stena Drilling Pte Ltd. fra secondmentene ble etablert i 2004/2005 til de ble terminert i 2009, har hatt noen form for arbeidsgiverfunksjon overfor ankemotpartene. På denne bakgrunn finner jeg at ankemotpartene for så vidt gjelder rettigheter som følger av virksomhetsoverdragelse, må anses som ansatte i Stena Drilling AS. Etter mitt skjønn må en slik betraktning også være i samsvar med EU-domstolens dom i Albron-saken (C-242/09)."

Det kan etter dette synes som EU-domstolen i sin tolkning av direktivet legger en mindre streng norm til grunn i det den legger mer vekt på arbeidstakerens reelle tilknytning til den økonomiske enheten som overføres, og mindre vekt på den formelle. Domstolen formulerer med disse avgjørelsene langt på veg en rettsregel om at arbeidstakere som på permanent basis utfører arbeid for en selvstendig økonomisk enhet, vil etter direktivet ha rett til vern etter direktivet i det han i en overføring av virksomheten anses å ha tilstrekkelig tilknytning til denne enheten selv uten en formell arbeidskontrakt. Slik vil han ha rett til overføring av sitt arbeidsforhold til ny arbeidsgiver ved en overdragelse av den økonomiske aktiviteten som denne økonomiske enheten utfører.

Domstolen legger i disse avgjørelsene avgjørende vekt på hvem arbeidstakeren reelt utfører arbeidsoppgaver for og hvem som har arbeidsgiveransvaret i enheten som utfører den økonomiske aktiviteten som overføres. Ut ifra dette trekkes slutningen at med primær tilknytning kan forstås den delen av en organisasjon som arbeidstaker i hovedsak utfører arbeid for, og hvor den som er ansvarlig for den økonomiske aktiviteten som utføres, er overdrager eller med andre ord arbeidsgiver i direktivets forstand.

3.2.3 Skranke mot arbeidsmiljølovens forståelse av arbeidsgiverbegrepet

Som en hovedregel vil arbeidsgiverbegrepet være begrenset til et enkelt rettssubjekt. Ved flere selskaper i et konsern eller som i eksemplet med bemanningsselskaper og secondmentavtaler, vil det være en klar organisatorisk avgrensning ved det enkelte selskap. En avgrensning til det enkelte selskap kan også sies å være i tråd med Botzen som vektla organisatoriske rammer for å avgjøre arbeidstakernes tilhørighet ved virksomhetsoverdragelse.

Et delt arbeidsgiveransvar ble drøftet i forarbeidene til arbeidsmiljøloven og kommer til uttrykk i Rt 1990 side 1126 (Wärtsilädommen) hvor Høyesterett konkluderer med at det forelå et felles arbeidsgiveransvar mellom et morselskap og datterselskap. Det hadde formodningen mot seg at arbeidstakere i andre deler av konsernet ble gitt rett til ansettelse hos erverver. Dersom selskapsstrukturen er satt opp for å unngå reglens anvendelse, kan det imidlertid argumenteres for at formålet med reglene, og deres preseptoriske karakter, kan begrunne unntak fra hovedregelen også i norsk rett.

EU-domstolen fastslår som allerede illustrert dette i Albron-saken, og legger til grunn følgende når det gjelder kravet til et enkelt rettssubjekt:

”En virksomhedsoverførsel i henhold til direktiv 2001/23 forudsætter således navnlig en ændring af den juridiske eller fysiske person, som er ansvarlig for den økonomiske aktivitet i den overførte enhed, og som i medfør heraf som arbejdsgiver for arbejdstagerne i denne enhed fastsætter arbejdstagernes arbejdsforhold, uanset der i givet fald ikke findes et kontraktforhold til disse arbejdstagere.

Kravet til overførsel er etter dette oppfylt når det skjer en endring av den som er ansvarlig for den økonomiske aktiviteten, og som i kraft av arbeidsgiver for arbeidstakerne i denne enheten fastsetter deres arbeidsforhold.

3.3. Sammenfatning

Etter en gjennomgang av rettspraksis, er det er mye som tyder på at prinsippene for å avgjøre tilsattes tilhørighet må avgrenses mot en fortolkning av vilkåret om hva som utgjør en

selvstendig økonomisk enhet og den forståelse domstolen legger til grunn i forhold til hvilke aktiviteter som må til for at vilkåret om identitet og kravet om overføring av en stabil og helhetlig organisatorisk enhet skal være oppfylt.

I organisasjoner uten en klar hierarkisk oppbygning er det ikke et nødvendig kriterium at arbeidstakeren har en formell tilknytning til den økonomiske enheten som overdras. Det er av domstolene ansett som tilstrekkelig at arbeidstakeren i hovedsak utfører sine oppgaver for eller i den enheten som overdras. Virkningen av dette er at direktivets vernebestemmelser i en overføring av del av en virksomhet vil kunne omfatte flere arbeidstakere i det kravet om hvem som har rett til en overføring lempes. Dette vil også få følger for kravet til overføring av aktivitet. En arbeidstaker som i hovedsak utfører administrative funksjoner for den økonomiske enheten som overdras, vil etter dette ha sin primære tilknytning til denne enheten. Arbeidsoppgavene han utfører vil etter dette kunne defineres som et nødvendig element for at en helhetlig organisatorisk enhet skal beholde sin identitet og tilfredsstillende kravet om videreføring av aktivitet.

Dette styrkes av den vide forståelse domstolen legger til grunn i sin tolkning av begrepet overdrager eller arbeidsgiver. Det er etter dette tilstrekkelig for å inneha arbeidsgiveransvar at det foreligger et klart underordningsforhold til arbeidstaker hvor den er arbeidsgiver som i det daglige ivaretar arbeidsgiverfunksjonene, deriblant retten til å fordele, organisere og på annen måte lede arbeidet. Denne forståelse harmonerer også med den forståelsen av arbeidstakerbegrepet Høyesterett har lagt til grunn i Rt 2007 side 1458 når de vurderer om det foreligger et ansettelsesforhold.

Følgen av dette kan bli at den som er ansvarlig for den økonomiske aktiviteten i den selvstendige enheten som overføres anses som overdrager, det vil si arbeidsgiver, selv om det ikke formelt er tilsatt noen i denne organisatoriske enheten. Når arbeidstakeren tilhører til den økonomiske enheten etter dette kriteriet er fastslått, overføres arbeidstakerens rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold til erververen.⁹¹ Etter et slikt tolkningsprinsipp vil organisasjonens formelle struktur ha liten eller ingen vekt i avgjørelsen av tilsattes tilhørighet.

En streng norm for avgjørelsen av tilsattes tilhørighet, det vil si hvor kravet til hva som utgjør tilstrekkelig tilknytning til den økonomiske enheten som overføres tolkes innskrenkende, vil medføre et snevrere anvendelsesområde for direktivet. Forutsetningen for anvendelsen av et prinsipp om organisatorisk tilknytning vil være at den aktuelle virksomheten er klart avgrenset i en organisasjonsstruktur med klare organisatoriske rammer, typisk en ren produksjonsbedrift hierarkisk inndelt i avdelinger og enheter. Etter dette vil det la seg gjøre å avgjøre hvor de aktuelle arbeidstakerne er plassert i det organisatoriske rammeverket når de utfører sine arbeidsoppgaver. De arbeidstakerne som etter en streng norm anses ansatt i den enheten eller avdelingen som utfører den virksomheten som overføres, gir etter dette prinsippet et vern.

⁹¹ Rådsdirektiv 2001/23/EF artikkel 3 nr. 1 første ledd, jf aml. § 16-2(1) første setning.

Ved virksomhet uten klare organisatoriske rammer vil prinsippet i Botzen gi liten eller ingen veiledning i vurderingen av arbeidstakernes tilhørighet, i det det typiske i slike organisasjoner vil være at den tilsatte er organisatorisk tilknyttet eller tilsatt i en enhet, men faglig utfører aktivitet eller virksomhet i en eller flere andre enheter i organisasjonen.

Av den gjennomgåtte rettspraksis kan utledes at kravet direktivet setter til overføring av en økonomisk enhet i en matriseorganisasjon er oppfylt der det skjer en endring av den juridiske eller fysiske personen som var ansvarlig for den økonomiske aktiviteten i den overførte enheten, og som i medfør av dette var å anse som arbeidsgiver for arbeidstakerne i denne enheten, uavhengig av om det foreligger en arbeidskontrakt med disse arbeidstakerne. Kriteriet for å avgjøre den ansattes tilhørighet til den overførte økonomiske enheten, er om det er for denne enheten han primært har utført sitt arbeid, og at denne aktiviteten er nødvendig for at enheten bevarer sin identitet etter overføringen.

4 Omstruktureringer med hensikt å omgå virkninger av virksomhetsoverdragelse

4.1 Innledning

Direktivet har som formål å sikre at endringer i partsforholdet på arbeidsgiversiden ikke medfører dårligere rettigheter for arbeidstakerne enn de som gjelder i ansettelsesforholdet med den opprinnelige arbeidsgiver.⁹² Det har imidlertid vært diskutert hvorvidt virksomhetsdirektivet og implementeringen av dette i norsk rett har medført en mulighet for foretaksledelsen til å foreta omstruktureringer i forkant av en organisasjonsendring som i praksis medfører en omgåelse av de preseptoriske reglene i lovens kapitel 16. Diskusjonen har blitt forsterket gjennom EU-domstolens lenge kasuistisk pregede svar på medlemslandenes rettsspørsmål, begrenset til å gjelde den aktuelle begjæringen om en forhåndsuttalelse. Med den følge at domstolens avgjørelser i den enkelte sak ikke senere har kunnet legges prinsipielt til grunn i utviklingen av et mer generelt tolkningsgrunnlag for hvordan en regel skal anvendes.⁹³

Jeg ønsker her å se på om endringen i partsforholdet og virkningene av overføringen av arbeidsforholdet kan ha betydning for avgjørelsen av tilsattes tilhørighet. Det vil si hvorvidt arbeidsgiver ved sine beslutninger om organisasjonens struktur kan påvirke overføringen av ansatte og de rettigheter og forpliktelser som helt eller delvis følger med ved overdragelsen.

⁹² Fougner m.fl. (2012) s. 890.

⁹³ Bernard Johann Mulder (2004) s. 127.

Problemstillingen synliggjøres i Høyesterett sin avgjørelse om Olderdalen Ambulanse.⁹⁴

I dommen heter det:

”Slik jeg ser det, kan spørsmålet om identitet vanskelig vurderes annerledes enn ut fra situasjonen slik den faktisk ble, hvor ansatte og aktiva ikke fulgte med, og ikke slik den ville ha blitt hvis Olderdalen Ambulanse AS hadde forholdt seg på annen måte. Konsekvensen av dette blir at den overtakende virksomhet med egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres...”.

I juridisk teori er det hevdet at uttalelsen langt på veg vitner om at erverver selv avgjør om reglene kommer til anvendelse. Det sier seg selv at det ikke er uproblematisk å la arbeidstakernes beskyttelse avhenge av de valg arbeidsgiver foretar. I slike saker vil det ofte foreligge et interessekonfliktsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.⁹⁵ Spørsmålet om rekkevidden av Høyesteretts uttalelse og konsekvensen av den ble drøftet i forbindelse med vedtakelsen av den nye arbeidsmiljøloven. Arbeidslivslovsutvalget erkjente at det var problematisk at arbeidsgiver skal ha bestemmende innflytelse over anvendelsen av reglene for virksomhetsoverdragelse.⁹⁶

”Utvalget har også vurdert om reglenes anvendelsesområde bør utvides på bakgrunn av Høyesteretts tolking og anvendelse av reglene og kravet til identitet i Olderdalen-dommen (Rt 2001 side 248). Det kan hevdes at mulighetene for arbeidsgiver til å omgå de vernehensyn som ligger bak reglene er store ved at den nye innehaver kan avgjøre om forholdet skal komme inn under reglene om virksomhetsoverdragelse eller ikke. Det bør derfor vurderes om kravet til ”identitet” etter overdragelsen i enkelte tilfeller bør reduseres eller endres, for eksempel ved kontraktsutsetting og skifte av kontraktsinnehaver, herunder ved anbud.”

På side 365 heter det videre:

”Reglene om virksomhetsoverdragelse har som sitt formål å sikre arbeidstakernes stillingsvern ved overdragelse av virksomheten. Når ny innehavers eget valg med hensyn til å overta de ansatte kan få som konsekvens at dette stillingsvernet bortfaller, vil det lett fremstå som et paradoks.” Flertallet i utvalget kom imidlertid til at det var vanskelig å lovfeste en regel som løste spørsmålet og anbefalte at den videre rettsutvikling burde skje ved rettspraksis.

4.2 Har rettsutviklingen bidratt til styrking av arbeidstakernes stillingsvern?

4.2.1 Kort om virkningene

Virkingen av virksomhetsoverdragelse er regulert i aml. § 16-2 punkt 1) til 3).

⁹⁴ Rt 2001 s. 248.

⁹⁵ Jan Fougner (2006) s. 65-76.

⁹⁶ NOU 2004: 5 s. 364.

Etter bestemmelsens første ledd overføres til ny arbeidsgiver tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følge av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overdragelsen finner sted. En arbeidstaker kan imidlertid reservere seg mot at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver, jf. § 16-3. I likhet med direktivet artikkel 3 nr. 1 og 3 fastsetter § 16-2 (1) et prinsipp om automatisk overgang av rettigheter og plikter.⁹⁷

Hovedregelen er således at arbeidsforholdet overføres uendret fra tidligere til ny arbeidsgiver, der overdragelsen i utgangspunktet ikke medfører noen endring i retts- og pliktforholdene mellom arbeidstakeren og virksomheten. I tillegg har Norge benyttet seg av adgangen etter direktivet artikkel 3 nr. 1 andre avsnitt til å fastsette at overdrageren og erververen etter datoen for overdragelsen skal være solidarisk ansvarlig for forpliktelser som har oppstått før datoen for overdragelsen.⁹⁸

Arbeidsforhold som ikke besto på overdragelsestidspunktet, overføres i utgangspunktet ikke. Den overdragende og den ervervende arbeidsgiver kan ikke inngå avtale om et annet overføringstidspunkt enn det reelle, til skade for arbeidstakers rett til å beholde sitt ansettelsesforhold.⁹⁹ Dette er i samsvar med EU-domstolens tolkning av direktivets art. 3 nr. 1 som § 16-2 første ledd bygger på. Tidspunktet for overdragelsen svarer etter dette til det øyeblikket innehavskiftet skjer, ikke til det tidspunktet avtalen om overdragelse ble inngått. Tidspunktet for innehavskiftet er et bestemt tidspunkt som overdrageren og erververen ikke har adgang til å framskynde eller forskyve.¹⁰⁰ Dette fastslås i EU-domstolen sin behandling av sak C 478/03 (Celtec) avsnitt 36.

”...Under disse omstændigheder bør begrebet tidspunktet for overførslen« i artikkel 3, stk. 1, i direktiv 77/187 forstås som det tidspunkt, hvor der foreligger en udskiftning af den indehaver, der er ansvarlig for driften af den pågældende enhed.

Tidspunktet for overførsel er etter dette det tidspunkt ansvaret for driften av den økonomiske aktiviteten går over fra overdrager til erverver.

Spørsmålet om hvilke arbeidsforhold som foreligger på overføringstidspunktet, avgjøres etter nasjonal rett, ikke etter en tolkning av direktivet eller andre EU- eller EØS rettslige bestemmelser.¹⁰¹

Hvilke rettigheter, helt eller delvis, følger med ved overdragelsen?

⁹⁷ Dom af 25. juli 1991, sag 362/89, D'Urso m.fl. mod Marelli, Sml. 1991 I, s. 04105, præmis 20.

⁹⁸ Atle Sønsteli Johansen, Einar Stueland (2011) s. 897.

⁹⁹ Jan Fougner m.fl. (2012) s. 960.

¹⁰⁰ Dom af 26. mai 2005, sag C-478/03 Celtec, Sml. 2005 I, s. 04389 præmis 29, 44, Dom af 14. november 1996, sag C-305/94, Rotsart de Hertaing mod Benoidt og IGC Housing Service, Sml. 1996 I, s. 05927 præmis 17, 25, 26, se Atle Sønsteli Johansen, Einar Stueland (2011) s. 898.

¹⁰¹ Jan Fougner m.fl. (2012) s. 961.

4.2.2 Individuelle rettigheter

Utgangspunktet etter § 16-2(1) er at alle individualrettslige rettigheter og forpliktelser omfattes. Det omfatter både rettigheter og plikter som foreligger før overføringstidspunktet og etter overføringstidspunktet. I tillegg kommer såkalte betingede rettigheter, dvs rettigheter betinget av at et bestemt forhold inntreffer. Eksempel på dette kan være rettigheter i forbindelse med oppsigelse fra arbeidsgiver eller innvilgelse av førtidspensjon.¹⁰²

4.2.3 Finnes det "ikke overførbare" individualrettslige rettigheter og forpliktelser?

EU-domstolen understreker i sak C-4/01 (Martin) avsnitt 39-45¹⁰³ at vernet av arbeidstakernes rettigheter er preseptorisk. Saken gjaldt spørsmålet om den nye arbeidsgiveren kunne innvilge førtidspensjon, men på andre vilkår enn det arbeidstakeren hadde hos tidligere arbeidsgiver. I sin avgjørelse uttaler domstolen at i et slikt tilfelle påhviler det erververen og "avhjelp" konsekvensene ved å yte slik kompensasjon at vilkårene for pensjoneringen ble i samsvar med dem arbeidstakeren hadde krav på. Domstolen poengterer at rettighetene ikke kan fraskrives og heller ikke begrenses, selv med arbeidstakerens samtykke, med mindre en endring kunne ha vært gjennomført også før overføringen, og ikke har sin grunn i overføringen.

Det grunnleggende utgangspunktet er etter dette at de rettigheter og plikter som omfattes, går over uten endringer. De individualrettslige vilkår mellom partene skal gjelde med samme innhold og på samme måte etter overføringen som de gjorde på tidspunktet for overføringen av virksomheten. Erverver vil imidlertid, som ny arbeidsgiver, kunne gjennomføre endringer i arbeidsforholdet på samme vilkår og i samme omfang som den tidligere arbeidsgiveren, overdrageren, innenfor styringsretten og dens grenser. Det grunnleggende er etter dette at en overføring av virksomhet ikke gir grunnlag for en utvidet endrings- eller avtaleadgang.¹⁰⁴

4.2.4 Tariffrettslige rettigheter

Ny arbeidsgiver blir bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av.¹⁰⁵ Som hovedregel overføres derav overdragerens tariffavtale. Dette medfører at i utgangspunktet er erververen bundet av både de kollektive og de individuelle bestemmelsene i tariffavtalen. Av lovens § 16-2 (1) andre punktum framgår det imidlertid at erververen innen en frist på tre uker

¹⁰² Prinsippet ble fastsatt av EU-domstolen i (C-4/01) præmis 29, se også Stein Evju (2005) s. 17.

¹⁰³ Dom af 6. november 2003, sag C-4/01 Martin m.fl., Sml. 2003 I, s. 12859, præmis 39-45.

¹⁰⁴ Stein Evju (2003) s. 21-22.

¹⁰⁵ Aml § 16-2 (2) første punktum.

kan reservere seg mot å bli bundet av overdragerens tariffavtale, men må uavhengig av dette respektere individuelle arbeidsvilkår som kan utledes av overdragerens tariffavtale fram til denne utløper eller erstattes med annen relevant tariffavtale, jf. § 16-2 (2) tredje og fjerde punktum. Eksempler på individuelle arbeidsvilkår i tariffavtalen er bestemmelser i tariffavtalen om lønn, arbeidstid, ferie, forsikringsordninger, ansiennitet og rett til permisjon.¹⁰⁶

4.2.5 Rettspraksis på området

Når arbeidstakeren tilhørighet til den økonomiske enheten er fastslått, overføres arbeidsforholdet uendret fra overdrager til erverver. Dette utløser rettsvirkninger for overdrager og erverver som kan medføre et ønske om å påvirke resultatet av overføringen ved å gjennomføre strukturelle endringer av organisasjonen i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse. Dette er en kjent problemstilling i tariffretten.

Juridisk litteratur peker i tariffrettslig sammenheng på situasjoner som etter alminnelige tariffrettslige normer ville kunne få det motsatte resultat av det som ellers ville gjelde etter hovedregelen i arbeidsmiljøloven.¹⁰⁷

I motsetning til arbeidsmiljøloven er hovedregelen etter tariffrettslige normer at erververen ikke overtar noen bundethet av tariffavtale som overdrageren var bundet av. Evju betegner de alminnelige tariffrettslige normer som den dispositive bakgrunnsretten som gir utfyllende og deklatoriske regler. De kan fravikes ved avtale, og de viker for lov hvis loven så krever. De tariffrettslige normene har sin forankring i rettspraksis, hvor de bygger på rettsprinsipper som anses å gjelde for tarifforhold, og hvilke kontraktsmessige forutsetninger partene i en tariffavtale normalt må legge til grunn for avtalen. Tariffrettslig sett har også bakgrunnsretten en mer konkret dimensjon i det den enkelte tariffavtale vil kunne inneholde bestemmelser som regulerer spørsmål i forbindelse med overdragelse eller andre endringssituasjoner.

Utgangspunktet om at tariffavtale ikke medfører bundethet for erverver ble sammenfattet av Arbeidsretten i Securitasdommen. Med henvisning til de tidlige avgjørelsene i ”Prambyggerdommen” og ARD 1926 side 3 fastslår dommen med rettssetningen at ved en ”slik reell overdragelse” av virksomhet som det var tale om i saken, blir erververen ikke bundet av den tariffavtale overdrageren var bundet av.”¹⁰⁸

Dette prinsippet kan sies å være modifisert, men ikke forlatt i senere rettspraksis.¹⁰⁹

ARD 2001 side 1 (Hakon Detalj) og ARD 2004 side 163 (APTS) gir dom for at erververen er bundet av den tariffavtalen overdrageren var bundet av. Begge sakene bygger på et

¹⁰⁶ Atle Sønsteli Johansen, Einar Stueland (2011) s. 900.

¹⁰⁷ Stein Evju (2012) s. 106-107.

¹⁰⁸ ARD 1988 s. 38.

¹⁰⁹ Stein Evju (2012) s. 111.

identifikasjons- og ”internt” selskapsrettslig omorganiseringssynspunkt. Grunnlaget for avgjørelsen i begge dommene var at retten kom fram til at selv om det formelt sett var tale om et nytt rettssubjekt, var det reelt sett samme bakenforliggende interesser. Retten konkluderte etter det at usaklige hensyn lå til grunn for overdragelsen. Prinsipielt kan det være tvilsomt hvor vidtrekkende slutninger som kan trekkes fra dommene, men juridisk teori anser avgjørelsene å angi et utgangspunkt for det som vil være rettsregelen, særlig for de tilfeller av selskapsrettslige omdannelser som vil falle i kategorien ”ikke reell overdragelse”.¹¹⁰ Eller med andre ord omstruktureringer eller pro forma – overdragelser.

4.2.6 Prinsippet om ”reell overdragelse”

Det grunnleggende prinsippet om reell overdragelse som framkommer av rettspraksis er forankret i den såkalte Prambyggerdommen hvor det ut fra de konkrete forholdene framgikk at det med omstruktureringen av virksomheten hadde vært et formål for arbeidsgiveren å bli fri fra tariffavtalen.¹¹¹

Det heter i dommen:

”Det er Saugbrugsforeningens prambyggerarbeid som omfattes av tariffavtalen. Om Saugbrugsforeningen flytter denne del av sin virksomhet over til en annen arbeidsplass, og samtidig utvider og moderniserer virksomheten, så medfører ikke det at Saugbrugsforeningen blir løst fra sine tariffplikter overfor prambyggerne. Men er så tilfellet, kan det heller ikke overfor tariffavtalen ha nogen betydning at selskapet av administrative hensiktsmessighetshensyn finner det mest tjenlig for sig å organisere det nye anlegg som et selvstendig rettssubjekt. Rent formelt sett har Saugbrugsforeningen visstnok ophørt med sin prambyggervirksomhet, og arbeiderne er trådt i tjeneste hos et nytt selskap som ikke har overtatt Saugbrugsforeningens plikter etter tariffavtalen. Men i virkeligheten er det Saugbrugsforeningen som fortsetter virksomheten, om enn under andre rettslige former.”

Rettens konklusjon er således at en omstrukturering av virksomheten ikke medfører endringer i de tariffrettslige forpliktelser overdrager har overfor arbeidstaker, så lenge overdrager reelt sett fremdeles er den som fortsetter virksomheten (aktiviteten). Spørsmålet var også oppe til behandling i ARD 1926 side 3 der retten vurderte om det mellom tidligere eier og nye eiere forelå et proforma-arrangement for å unngå videreføring av den gamle tariffavtalen, dvs den bedriften var bundet av på tidspunktet for overdragelsen.

Saken gjaldt en bedrift som la ned sin virksomhet på grunn av konflikt med arbeiderne. Seks funksjonærer ved bedriften leier dens lokaler og maskiner, og starter drift for egen regning. Den nye virksomhet meldes inn i Arbeidsgiverforeningen, som krever landstariffavtalen for de mekaniske verksteder gjort gjeldende for bedriften.

¹¹⁰ Stein Evju (2012) s. 111.

¹¹¹ ARD 1920-21 s. 341

Arbeidsretten fant ikke at det forelå opplysninger som støttet opp om antagelsen om et pro forma arrangement, men pekte på noen momenter som kunne peke i den retning; det var ikke avtalt noen bestemt leieavgift, denne skulle fastsettes etter nærmere avtale. I tillegg stilte A/S Skiens Verksteder (overdrager) maskiner, verktøy og lokaler til rådighet uten krav om sikkerhet. Allikevel fant retten at dette ville kunne ha sin naturlige grunn i at verkstedet ønsket å hjelpe sine funksjonærer ”så de ikke skulde stå på bar bakke under den konflikt verkstedet var oppe i. At A/S Skiens Verksteder skulde ha nogen andel i det nye selskaps vinning og tap er ikke godtgjort.”

Retten fant det sannsynliggjort at det forelå en reell overdragelse av virksomheten fra en arbeidsgiver til en annen. Således var virksomheten reelt overdratt til erverver, som etter dette ikke var bundet tariffrettslig til å videreføre tidligere arbeidsgivers gjeldende tariffavtale.

4.3 Konsekvensen av ikke-reelle eller pro forma overdragelser av virksomhet

4.3.1 Konsekvenser for arbeidsgiver

I forarbeidene til den nye § 16-2(2) heter det:

”I Arbeidsrettens praksis er det lagt til grunn at overdragelse av virksomhet til nytt rettssubjekt (ny arbeidsgiver) ikke medfører at den nye arbeidsgiveren blir tariffbundet. Securitas-dommen (ARD 1988 side 38) er en sentral avgjørelse i denne sammenheng.

Det gjelder noen unntak fra denne hovedregelen, først og fremst for overdragelser som kan karakteriseres som ikke reelle og hvor det ut fra de konkrete forhold fremgår at et formål har vært å bli fri fra tariffavtalen, se den grunnleggende dommen om Saugbruksforeningen (ARD 1920 side 341). Videre har arbeidsretten i sin praksis lagt til grunn at en rent formell endring av virksomhetens organisasjonsform ikke fører til at tariffavtalen faller bort. Hvorvidt det foreligger en overdragelse som ikke er reell, og som derved medfører at erververen blir bundet av den tariffavtalen overdrageren var bundet av, må avgjøres konkret.”¹¹²

Det heter videre i lovforslaget:

”Etter gjeldende rett er hovedregelen at tariffavtalen som sådan ikke følger med ved en virksomhetsoverdragelse, med mindre det foreligger særskilt grunnlag for dette. Et særskilt grunnlag kan foreligge dersom formålet med utskillelse, nyorganisering eller lignende er å omgå eller unngå tariffavtale, jf det som er sagt foran om Arbeidsrettens praksis. Den nye arbeidsgiveren skal ikke i slike tilfeller kunne fri seg fra tariffavtalen ved å avgi en skriftlig erklæring til fagforeningen.”¹¹³

¹¹² Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 268.

¹¹³ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 271.

I Prambyggerdommen legger retten avgjørende vekt på omgåelseshensikten til arbeidsgiver:

”Det skulde synes klart at en tariffavtales gyldighet overfor en bedrift ikke kan være avhengig av, hvilke rettslige former bedriftens innehavere finner det mest tjenlig for sig å drive virksomheten under. Det er ikke organisasjonsformene, men det faktiske økonomiske fellesskap mellom bedriftens enkelte grener som må være avgjørende og bestemmende. Det må være en naturlig og selvsagt forutsetning for en tariffavtale, at en bedrift ikke blir løst fra sine tariffplikter ved ensidige, rent organisatoriske disposisjoner som de det her gjelder. De arbeidere, som faktisk, om enn ikke formelt juridisk, fremdeles er knyttet til Saugbrugsforeningens prambyggervirksomhet, har et tariffkrav overfor Saugbrugsforeningen på at den sørger for at de får sine tariffkrav respektert. Når Saugbrugsforeningen organiserte denne del av sin virksomhet som et særskilt selskap, og når den således vilde ha denne del av virksomheten for fremtiden betraktet som et selvstendig rettssubjekt som ikke svarte for andre enn sine egne rettsgyldig overtatte forpliktelser, skulde Saugbrugsforeningen også som en nødvendig konsekvens derav ha sørget for at det nye selskap også overtok de til prambyggervirksomheten knyttede plikter i henhold til gjeldende tariffavtale. At det ikke er gjort, er et tariffbrudd som Saugbrugsforeningen plikter å rette på, og som den kan rette på, da den er enerådig i det nye selskaps anliggender.”

Dette, hevder Evju, er den rettstilstand lovgiver ikke har ment å endre, ved at adgangen til å reservere seg mot å overta tariffbundethet etter § 16-2 forutsetningsvis ikke skal ha anvendelse.¹¹⁴ Imidlertid overser lovgiver i følge Evju partsdimensjonen. Det alminnelige utgangspunktet i tariffrettslig sammenheng vil være det samme både ved reelle og ikke-reelle overdragelser der et sentralt skille er mellom overdragerens og erververens tariffrettslige posisjon: Overdrageren er fremdeles bundet av den gjeldende tariffavtale uavhengig av overdragelsen, erververen er som hovedregel ikke bundet av denne tariffavtalen som følge av overdragelsen.

4.3.2 Betydningen av partenes posisjon i tariffavtalen

I følge juridisk litteratur må kravet om reell overføring etter dette, ses i sammenheng ikke bare med den i tariffrettslig forstand kjente problemstillingen om omgåelseshensikt, men også partenes posisjon i en tariffavtale.¹¹⁵ Det foretak som overdrar virksomheten, kan være selvstendig part i en tariffavtale. Ofte vil forholdet være, som i den nevnte Securitas - saken, at foretaket ikke er tariffpart, men bundet gjennom medlemskap i en arbeidsgiverforening og tariffpartenes bestemmelse om å gjøre tariffavtalen gjeldende for medlemsbedriften. Videre kan erververen være medlem av samme arbeidsgiverforening som overdrageren, av en annen arbeidsgiverforening, eller ikke organisert. Erververen kan dessuten fra tidligere være bundet av andre tariffavtaler, og dels kan organisasjonsmessige avtaler ha bestemmelser om vilkår for

¹¹⁴ Stein Evju (2012) s. 110.

¹¹⁵ Stein Evju (2012) s. 119 flg.

å gjøre en tariffavtale gjeldende for en bedrift. For tariffavtals del er bildet dermed mer sammensatt enn når det gjelder arbeidsavtals stilling ved overdragelse av virksomhet.

Overdrageren er etter dette fremdeles tariffbundet ved overføring av virksomheten, uansett om det er tale om en ”reell” eller en ”ikke-reell” overdragelse av virksomhet. Det kan være tale om en totaloverdragelse som innebærer at overdrageren opphører å eksistere. I så fall faller naturlig nok tariffbundetheten bort. Ved overdragelse av en del av den virksomheten (aktiviteten) som er omfattet av tariffavtalen, vil tariffavtalen gjelde videre for den del av virksomheten som ikke er overdratt. Utgangspunktet er motsatt for erververs vedkommende. Ved en reell overdragelse vil ikke erververen bli tariffbundet. Det alminnelige utgangspunktet er det samme ved ikke-reell overdragelse. Dette uttrykker også Prambyggerdommen (ARD 1920-21 side 341) ved at ved en ikke-reell overdragelse vil tariffbundethet ikke gå over på en erverver som er et selvstendig rettssubjekt. Det selvstendige rettssubjektet svarer bare for de forpliktelser det selv har påtatt seg.

4.3.3 Konsekvenser for arbeidstaker

Konsekvensen etter det alminnelige utgangspunktet blir etter dette at for pro forma og omstruktureringer vil hovedregelen i aml. § 16-2 (2) gjelde på samme måte som ved reelle overdragelser. At ny arbeidsgiver blir bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av, betyr ikke det samme som at tariffavtalen går over fra overdrager til erverver, eller at tariffavtalen eller overdragerens bundethet faller bort.¹¹⁶ Det vil avhenge av partenes posisjon i tariffavtalen. Det er de forpliktelsene overdrager allerede er tariffbundet av overfor arbeidstaker som erverver alene på grunn av overdragelsen ikke fritas fra. Ut ifra dette vil virkningene, eller rettighetene og forpliktelsene ved overføring av et arbeidsforhold fra overdrager til erverver være de samme ved en reell overdragelse som ved en ikke-reell overdragelse.

Dette vil for arbeidstaker få den virkning at hans rettigheter som utgangspunkt vil forbli uendret uavhengig av hvem som etter overføringen er å anse som arbeidsgiver. Betydningen av en pro forma overdragelse for arbeidstaker skal etter dette som hovedregel være uten betydning for hans stillingsvern. Det samme vil gjelde arbeidsgivers forpliktelser. Overdragers rettigheter og forpliktelser endres som utgangspunkt ikke, det samme gjelder erverver. Rettighetene og forpliktelsene vil etter dette som utgangspunkt ikke kunne påvirkes ved å endre organisasjonsstrukturen.

For avgjørelsen av den tilsattes tilhørighet, vil det få betydning i det konsekvensen for overdrager er at han fremdeles vil være tariffbundet hvis det oppdages at en avgjørelse om overføring av et arbeidsforhold er tatt i den hensikt å bli fri sine forpliktelser. For erverver vil det som utgangspunkt ikke ha betydning om overdragelsen er reell eller ikke. Han vil ikke

¹¹⁶ Se for øvrig Stein Evju (2012) s. 121 flg.

være bundet ut over den tariffavtale han som selvstendig rettssubjekt allerede har inngått. Unntaket fra denne hovedregelen, er som jeg vil komme tilbake til, der det til grunn for avgjørelsen foreligger et usaklig motiv.

5 Er vernet etter implementeringen av direktivet styrket?

5.1 Norsk rett ved overdragelse av virksomhet før direktivet

Det har lenge vært sikker norsk rett at arbeidsgiver ikke gjennom egne faktiske og rettslige disposisjoner kan fri seg fra sine arbeidsrettslige forpliktelser. Dette ble fastslått av Arbeidsretten allerede i Prambyggerdommen og prinsippet har vært fulgt siden. Jan Fougner karakteriserer avgjørelsen fra ARD 1920-21 side 341 som ”interessant fordi den viser at arbeidsgivere i Norge allerede kort tid etter at de første tariffavtaler ble inngått, ønsket å flytte en aktivitet fra en virksomhet til en annen, for å komme unna sine arbeidsrettslige forpliktelser.”¹¹⁷

Basert på disse avgjørelsene har Arbeidsretten i sin praksis lagt til grunn at tariffavtalen ikke faller bort ved konserninterne transaksjoner som har til formål å unnslippe tarifforpliktelsene. Motsatt har Arbeidsretten lagt til grunn at tariffavtalen som sådan faller bort ved reelle virksomhetsoverdragelser som ikke er influert av utenforliggende hensyn. Dette prinsippet samsvarer med reglene om virksomhetsoverdragelse som overfører rettighetene til de ansatte, men ikke selve tariffavtalen. Avgjørelsen i ARD 2004 side 163 bekrefter prinsippet fra Prambyggerdommen: Det er ikke mulig å unnslippe tarifforpliktelsene der det foreligger et usaklig motiv. Samtidig gikk Arbeidsretten et skritt videre og nyanserte rettens praksis hva gjelder tariffavtalens stilling ved ”reelle” virksomhetsoverdragelser. I saken kom retten til at selv om det ikke forelå noen omgåelseshensikt, og det dermed forelå en reell transaksjon, besto tariffavtalen likevel. Tariffavtalen ble etter dette overført til det nye rettssubjektet.

Prinsippet Arbeidsretten anvendte i saken er forbundet med det ulovfestede arbeidsrettslige saklighetsprinsipp gjentatt av Høyesterett blant annet i Rt 2011 side 841 avsnitt 57. Der uttalte Høyesterett:

”Arbeidsgivers styringsrett må imidlertid utøves innenfor den allmenne saklighetsnormen, jf. Rt. 2001 side 418 (Kårstø-dommen), hvor førstvoterende formulerer saklighetskravet slik på side 427:

”Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.”...

¹¹⁷ Jan Fougner (2006) s. 69.

En beslutning som arbeidsgiver treffer i kraft av styringsretten settes dermed til side som ugyldig dersom den er usaklig. Det er således ikke bare usaklige oppsigelser som settes til side ved ugyldighet. Også styringsrettsbeslutninger undergis en tilsvarende saklighetsensur. Saklighetsprinsippet er igjen forbundet med ufravikelighetsprinsippet i lovens § 1-9. Det følger av dette at reglene ikke kan fravikes i avtale til ugunst for arbeidstakerne. Dette henger igjen sammen med at arbeidsmiljølovens formål er å verne arbeidstakerne og å sikre trygge tilsettingsforhold. Det samme gjelder reglene om virksomhetsoverdragelse. Det er derfor ikke mulig for overdrager og erverver å inngå avtale om at reglene om virksomhetsoverdragelse ikke skal gjelde.¹¹⁸

5.2 Norsk rett etter implementeringen av direktivet

Direktivet er et minimumsdirektiv, dvs. direktivet er ikke et hinder for at medlemslandene anvender reglene eller innfører lover, administrative bestemmelser eller overenskomster som er mer gunstig for arbeidstakerne. Etter et innehavskifte, er direktivets utgangspunkt at erververen alene er ansvarlig for alle oppståtte og framtidige krav.¹¹⁹ Dette prinsippet ville brutt med utgangspunktet i norsk rett hvor det er arbeidsgiveren kravene er opptjent hos, som er ansvarlig. Lovgiver har derfor også funnet det riktig å innføre bestemmelsen i den tidligere lovens § 73 B om solidaransvar, slik direktivets artikkel 3 nr. 1 (2) gir adgang til. Bestemmelsen er videreført i § 16-2 (1) andre punktum. Etter datoen for virksomhetsoverdragelsen er erververen og overdrageren på dette grunnlaget solidarisk ansvarlig for forpliktelser som har oppstått før tidspunktet for overdragelsen. Solidaransvaret innebærer at arbeidstakeren kan velge å rette kravet helt eller delvis mot overdrageren eller erververen. Som jeg tidligere har forsøkt å illustrere bl.a. i Martin-saken, synes ikke dette prinsippet, selv uten å være kodifisert i direktivet, å skille seg betraktelig fra EU-domstolens praksis.

Det kan synes som virksomhetsdirektivet har bidratt til å kodifisere rettigheter som lenge har eksistert i norsk rett, enten som ulovfestet rett eller gjennom den tariffestede bakgrunnsretten. Men det kan også hevdes at disse rettighetene lenge har eksistert, lovfestet indirekte gjennom tolkning av den tidligere arbeidsmiljølovens enkeltbestemmelser og lovens generelle formål. Rettsbildet ble i så måte mer komplisert og uoversiktlig etter direktivets implementering. De vilkår og tolkningsmomenter som framkom av EU rettens praksis medførte en rettsusikkerhet som jeg ikke finner i tidligere nasjonal rettspraksis.

Arbeidsretten etablerte allerede på 1920-tallet en rettsregel som tilsa at forsøk på omgåelse fra arbeidsgivers side når det gjaldt arbeidstakerens rettigheter, enten den organisatoriske omstruktureringen var reell eller ikke, ikke var i tråd med norsk rettsoppfatning. Etter lovfesting av direktivet, kan det synes som fokus en tid flyttet seg fra denne

¹¹⁸ Jan Fougner (2006) s. 70.

¹¹⁹ Dom af 7. februar 1985, sag 135/83, Abels mod Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie, Sml. 1985, s. 00469, præmis 37–38.

rettsvirkningssiden til rettsfakta siden; hvor Høyesterett i sin behandling, bundet av EU-domstolens tolkning av bestemmelsene, i stor grad var opptatt av å fastslå hvorvidt det var en virksomhetsoverdragelse eller ikke. Var ikke vilkårene for virksomhetsoverdragelse etter slik situasjonen faktisk ble oppfylt, fikk ikke dette noen virkning for erverver, men kun for arbeidstaker. En slik fortolkning av direktivet var klart i strid med formålet.

Denne rettsusikkerheten synes å bidra til en rettsutvikling hvor arbeidsgiver tilsynelatende kunne omstrukturere organisasjonen for å omgå direktivet i forkant av en virksomhetsoverdragelse: Ved å unnlate å oppfylle kriteriene, enten ved ikke overføre materielle eller immaterielle rettigheter, personell eller gjeld, slik at virksomheten ikke beholdt sin identitet eller oppfylte kravet til videreføring av økonomiske aktivitet, dannet det seg et inntrykk av at omgåelse ut ifra faktiske omstendigheter var mulig. Dette var ikke direktivets hensikt, og bidro til å svekke stillingsvernet. Arbeidslivslovutvalget understreket dette og mente det kunne være gode grunner som talte for at reglens anvendelsesområde burde utvides på bakgrunn av Høyesteretts tolking og anvendelse av reglene i Olderdalen-dommen (Rt 2001 side 248). Dette nettopp fordi arbeidsgivers mulighet til å omgå de vernehensyn som lå bak reglene var stor ved at den nye innehaveren langt på veg kunne påvirke om forholdet skulle komme inn under reglene om virksomhetsoverdragelse eller ikke. Utvalget konkluderte således med at det burde vurderes om kravet til "identitet" etter overdragelsen i enkelte tilfeller burde reduseres eller endres.

Senere rettspraksis kan tyde på at rettsutviklingen har styrket stillingsvernet ved å lempe ikke bare på identitetsvilkåret, hvor kravet til videreføring av aktivitet har en nær sammenheng med hva som legges i begrepet økonomisk enhet. Utviklingen viser at også kravet til overføring gjennom kontrakt er lempet i det arbeidsgiverbegrepet omfatter også den som har det reelle arbeidsgiveransvaret.

EU-domstolen og nasjonale domstoler har gått i retning av en mer systematisk tolkningsstil, hvor EU-domstolen i tillegg til å understreke at kriteriene skal inngå i en helhetlig vurdering i den konkrete sak, i større grad har vektlagt den nasjonale domstolens ansvar for å utvikle rettsoppfatningen *i tråd* med dens avgjørelser. Dette får også følger for overføringen av rettigheter. I Martin-saken understreker domstolen at arbeidstakernes rettigheter er preseptoriske. Domstolen slår videre fast at det vil være erververs ansvar og "avhjelp" konsekvensene ved å yte kompensasjon hvis vilkårene for allerede inngåtte forpliktelser som arbeidstakeren har krav på blir endret som følge av overføringen.

Inntrykket styrkes med EU-domstolens avgjørelser i Werhof- og Alemo-Herron-sakene. Her fastslår domstolen at direktivet ikke er til hinder for at medlemslandene anvender reglene eller innfører lover, administrative bestemmelser eller overenskomster som er mer gunstig for arbeidstakerne. Ut ifra dette konkluderer retten med at dynamiske bestemmelser som viser til kollektive overenskomster som er forhandlet og vedtatt *etter* tidspunktet for overføring, kan håndheves overfor erververen.

Imidlertid understreker domstolen, at dette må veies opp mot hensynet til samfunnet og erververens mulighet til å videreføre virksomheten. Domstolen presiserer i sin avgjørelse at direktivet skal sikre en balanse mellom arbeidstakers interesser på den ene siden og erverver

på den andre hvor erverver må gis de nødvendige forutsetninger for å kunne videreføre virksomheten. Retten peker på at direktivet skal fortolkes i tråd med de grunnleggende rettigheter, deriblant den negative foreningsfriheten og avtalefriheten, i denne sammenheng erververs grunnleggende rett til selv å avgjøre om han ønsker medlemskap i en organisasjon eller inngå bindende tariffavtale.

5.3 Bør vernet styrkes?

Det alminnelige vernet loven gir sammen med det konkrete tariffrettslige vern, har eksistert lenge før virksomhetsdirektivets minimumsbestemmelser ble inkorporert i norsk rett. Slik kan det forenklet sies at hensynet til arbeidsgivers behov for omstruktureringer lenge har nødvendiggjort en regulering av arbeidsgivers forpliktelser og arbeidstakers rettigheter i slike situasjoner, - ut ifra det faktum at tilsettingsforholdet i seg selv utgjør et underordningsforhold som tilsier at arbeidsgiver ikke kan eller skal fritas sitt arbeidsgiveransvar i slike situasjoner.

Ser man isolert på direktivet og implementeringen av dette i lovens bestemmelser kan det synes som om de tolkningsprinsipper EU-domstolen tidlig i sin rettspraksis la til grunn på området, og Høyesterett anvendte i Rt 2001 side 248, tilsa at vernet burde styrkes. Som Høyesterett selv formulerte det i sin avgjørelse i Rt 1997 side 1954 skulle bestemmelsene i direktivet fortolkes i overensstemmelse med de rettsavgjørelser som EU-domstolen hadde truffet før avtalen ble undertegnet, før 2. mai 1992. EU-domstolens tolkningsstil i Gend en Loos-dommen og de generelle premissene domstolen vektla for å oppnå direktivets overordnede formål, sammen med kriteriene for virksomhetsoverdragelse i Spijkers-dommen i 1985, bidro til som Arbeidslivslovutvalget påpekte, at omgåelsesmuligheten for arbeidsgiver økte gjennom et for stort fokus på hva som faktisk kvalifiserte som virksomhetsoverdragelse, og i mindre grad på formålet om stillingsvern.

Imidlertid synes EU-domstolens senere avgjørelser, spesielt i Alemo-Herron-saken i 2012, å illustrere et tidsskille hvor overføring av rettigheter på det tariffrettslige området kan tale for et styrket vern etter direktivet. EU-domstolen synes i sin avgjørelse å åpne for et prinsipp om at dynamiske bestemmelser som viser til kollektive overenskomster som er forhandlet og vedtatt etter tidspunktet for overføring, kan håndheves overfor erververen.

Norge har spesielt begrunnet i Arbeidsrettens avgjørelser, lenge hatt et sterkt stillingsvern på tariffrettens område. Det ble tidlig fastslått at arbeidstakers rettigheter og en tariffavtales gyldighet ikke skal avhenge av hvilke rettslige former arbeidsgiver finner det mest tjenlig å drive sin virksomhet etter. Det er ikke organisasjonsformene, sa retten i sin avgjørelse i Prambygger-dommen, men det faktiske økonomiske fellesskap mellom bedriftens enkelte grener som må være avgjørende og bestemmende. Det må være en naturlig og selvsagt forutsetning for en tariffavtale at en bedrift ikke blir løst fra sine tariffplikter ved ensidige, rent organisatoriske disposisjoner.

Med Høyesterett sin avgjørelse i Rt 2012 side 983 synes det som retten i tråd med EU-domstolens avgjørelse i Albron-saken, legger en utvidet tolkning av vilkårene for virksomhetsoverdragelse til grunn. Følges disse tolkningsprinsippene, vil det på sikt kunne føre til et utvidet stillingsvern. I Verftssaken anerkjennes også uorganiserte og utenlandske arbeidstakers rett til samme lønns- og arbeidsvilkår som norske arbeidstakere har innenfor tariffavtalens virkeområde. Rettsutviklingen synes med dette igjen å gå i retning av et styrket vern av arbeidstakers rettigheter hvor arbeidsgiver skal ivareta sine forpliktelser uavhengig av en overføring av dette ansvaret. Samtidig uttrykkes det klarere enn tidligere andre legislative hensyn direktivet er ment å ivareta, – arbeidsgivers og samfunnets mulighet for tilpasning og effektivisering slik at den økonomiske aktiviteten får nødvendig grunnlag for å overleve etter virksomhetsoverdragelsen.

Høyesterett fastslo i Rt 1997 side 1954 at avgjørelser av EU-domstolen også etter 1992 vil være sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet. Forståelsen av direktivet er slik i kontinuerlig utvikling hvor rettsavgjørelsene har fått og vil få direkte betydning for hva som er norsk rett på området.

6 Oppsummering

Formålet med oppgaven har vært å gi en innsikt i hvordan tilsattes tilhørighet avgjøres ved overføring av en del av en virksomhet og hvorvidt vernet av arbeidstakeren er styrket etter implementeringen av virksomhetsdirektivet i arbeidsmiljøloven. Sentralt i denne sammenheng er de legislative hensyn direktivet er ment å ivareta, spesielt med tanke på vernet av en arbeidstakers rettigheter i en omstillingsprosess, men også hensynet til arbeidsgiver og de muligheter han har for å opprettholde og videreføre sin økonomiske aktivitet. Imidlertid ligger også et annet hensyn til grunn, å forhindre omgåelseshensikt fra arbeidsgiver.

Rettspraksis viser at det kan være vanskelig å formulere en generell rettsregel for hvilke kriterier som skal vektlegges for å avgjøre tilsattes tilhørighet når deler av en virksomhet overdras. Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt organisasjonens struktur tillegges betydning av domstolene, kan mye tyde på at organisatoriske tilknytningskriteriet i senere praksis er tillagt mindre vekt. Og at domstolen mer har lagt vekt på den ansattes reelle og ikke formelle tilknytning til den økonomiske aktiviteten som videreføres. Imidlertid er dommene i svært liten grad presiserende når det gjelder denne grensedragningen. Selv om momentene i vurderingene ikke fører til noen ensidig konklusjon, kan det allikevel synes som om domstolene i stedet for et formalistisk organisatorisk prinsipp, legger en videre tolkning av begrepet tilknytning til grunn i matriseorganisasjoner.

Ved å se kriteriene for hva som skal avgjøre den tilsattes tilhørighet i sammenheng med vilkårene for en virksomhetsoverdragelse, gir domstolene begrepet organisatorisk tilknytning et innhold mer basert på den ansattes reelle tilknytning til hvilken aktivitet eller virksomhet som overdras. Dette medfører at et arbeidsgiveransvar overføres til ny arbeidsgiver for alle de

arbeidstakerne som i hovedsak utfører virksomhet for den økonomiske enheten som overdras. Begrepet primær tilknytning benyttet i lovens forarbeider som et kriterium gis slik et mer konkret innhold hvor reglenes formål vektlegges; vern av arbeidstakers stilling og rettigheter ved overføring av virksomhet.

Gjennomgått rettspraksis tyder etter dette på at det ved avgjørelsen av tilsattes tilhørighet i matriseorganisasjoner skal legges vekt på hvem som faktisk ivaretar arbeidsgiverfunksjonene ved avgjørelsen av arbeidstakers tilhørighet. Det gis imidlertid ingen konkrete premisser for hva dette arbeidsgiveransvaret innebærer, men kun en angivelse av hvem som i det daglige ”opptrådte...[som arbeidsgiver] for alle praktiske formål [...]”. Arbeidsgiveransvaret opphører imidlertid ikke verken for overdrager eller erverver ved overføringen i det de etter EU-domstolens fortolkning skal legge til grunn at allerede avtalte vilkår skal videreføres etter overdragelsen av arbeidsforholdet hvor det i likhet med norsk rett ikke er anledning til å avtale vilkår som vil svekke arbeidstakers vern som en følge av overdragelsen alene.

Langt på veg viser EU-domstolens praksis å svare til det overdrager og erverver etter norsk rett solidarisk svarer for. Det preseptoriske vernet av arbeidstakers rettigheter og arbeidsgivers forpliktelser stenger for at en overdragelse i seg selv skal få som virkning at rettigheter opphører.

7 Litteraturliste

a) Bøker m.v.

Fanebust, Arne, Innføring i arbeidsrett – den individuelle del, 3. utgave, Bergen 2014.

Fougner, Jan, og Lars Holo, Arbeidsmiljøloven – kommentarutgave, Oslo 2006.

Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, Arbeidsmiljøloven - kommentarutgave 2. utgave, Oslo 2012.

Johansen, Atle og Stueland, Einar, Arbeidsmiljøloven – kommentarer og praksis, 1. utgave, Oslo 2011.

Johansen, Atle Sønsteli, Børre Pettersen - Sentrale dommer til arbeidsmiljøloven, 1. utgave, Oslo 2009.

Mulder, Bernard Johann Anställningen vid verksamhetsövergång, Lund 2004.

Næss, Mona, Virksomhetsoverdragelse, Oslo 2013.

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad, m.fl., EØS-RETT, 3. utgave Oslo 2011.

Stokke, Torgeir Aarvaag, Kristine Nergaard, Stein Evju, Det kollektive arbeidslivet, 2. utgave, Oslo 2013.

Artikler

Evju, Stein, "Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv", Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 1 (2003), s. 2–25.

Evju, Stein, "Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger: Særlig om reservasjonsrett, tariffvilkår og endringer", Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 2, 2005, s. 1-91.

Evju, Stein, "Fusjon og tariffavtaler", Arbeidsrett og arbeidsliv Bind 7, 2012 s. 105-143.

Fougner, Jan, "Virksomhetsoverdragelse og tilpasning", Arbeidsrett nr. 1, 2006 s. 65-76.

Jetlund, Martin, "Arbeidstakernes tilhørighet ved overdragelse av del av virksomhet", Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 4, 2010, s. 295-363 - (ARA-2010-295).

Lover m.v.

Lov av 5. mai 1927 nr. 1 (arbeidstvistloven).

Lov av 4. februar 1977 nr. 4 (arbeidsmiljøloven av 1977, opphevet).

Lov av 27. januar 1992 nr. 109 (EØS-loven).

Lov av 27. november 1992 nr. 115.

Lov av 8. januar 1993 nr. 21 (Luganoloven).

Lov av 4. juni 1993 nr. 58 (allmenngjøringsloven).

Lov av 15. juni 2001 nr. 33.

Lov av 17. juni 2005 nr. 62 (arbeidsmiljøloven).

Forskrift av 20. desember 2010 nr. 1764.

Enkelt lovspeil

Aml. (1977)	aml. (2005)
Kap. XII A	kap. 16
§ 73A	§ 16-1

b) EU-dokumenter og offentlige publikasjoner m.v.

Traktater

Lisboa – traktaten	Lisboa – traktaten om endring av Traktaten om Den europeiske union og Traktaten om Det europeiske fellesskapet undertegnet i Lisboa 13. januar 2007.
--------------------	--

EU-direktiver og forordninger

Rådskonferansen 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.

Rådskonferansen 98/50/EF av 29. juni 1998 om endring av direktiv 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.

Rådskonferansen 2001/23/EF av 21. mars 2001 om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overføring av virksomhet, bedrifter eller del av bedrift (virksomhetsoverdragelse).

Rådsnotat R/212/77 (SOC 32) av 10. februar 1977. Blant annet tilgjengelig som Bilag 2 i den danske utvalgsrapporten til Arbejdsministeriet fra mai 1979: "Rapport fra udvalget til forberedelse af gennemførelseslovgivning af EØF-direktiv om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse".

NOU 2004: 5 (Arbeidslivslovutvalget)

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 71 (1991-1992)

Ot. prp. nr. 79 (1999-2000)

Ot. prp. nr. 49 (2004-2005)

c) Dommer

Norsk Høyesterett

Rt. 1995 s. 1624 (Stavanger Catering)

Rt. 1997 s. 1954 (Løten kommune/Østvang fritid)

Rt. 1997 s. 1965 (Eidesund)

Rt. 1999 s.977 (Nemko)

Rt. 2000. s. 1811

Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen Ambulanse)

Rt 2005 s. 270

Rt 2006 s. 71 (SAS)

Rt 2010 s. 330

Rt. 2011 s. 1755.

Rt 2013 s. 258

Arbeidsretten

ARD 1920-21 s. 341

ARD 1926 s. 3

ARD 1988 s. 38

ARD 2001 s. 1

ARD 2004 s. 163

EU/EØS-dommer

Sag 26/62, Van Gend en Loos mod Administratie der Belastingen, Samling 1963 s. 00003.

Sag 135/83, Abels mod Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie, Samling 1985 s. 00469.

Sag 186/83, Arie Botzen m.fl. mod Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV., Samling 1985 s. 519.

Sag 24/85, Spiijkers mod Benedik, Samling 1986 s. 01119.

Sag 287/86, Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark mod Ny Mølle Kro, Samling 1987 s. 5465.

Sag 324/86, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mod Daddy's Dance Hall A/S, Samling 1988 s. 00739.

Sag 101/87, Bork International mod Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, Samling 1988 s. 03057.

Sag 362/89, d'Urso m.fl. mod Marelli, Samling 1991 I s. 04105.

Sag C-29/91, Redmond Stichting/Bartol m.fl., Samling 1992 I s. 03189.

Sag C-209/91, Rask og Christensen mod ISS Kantineservice, Samling 1992 I s. 05755.

Sag C-492/92, Schmidt mod Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordersholm, Kiel und Cronshagen, Samling 1994 I s. 01311.

Sag C- 48/94, Ledernes Hovedorganisation, Rygaard mod Dansk Arbejdsgiverforening, Mølle Akustik, Samling 1995 I s. 2745.

Sag C-298/94, Henke mod Gemeinde Schierke og Verwaltungsgemeinschaft "Brocken", Samling 1996 I s. 04989.

Sag C-305/94, Rotsart de Hertaing mod Benoidt og IGC Housing Service, Samling 1996 I s. 05927.

Sag C- 13/95, Süzen mod Zehnacker Gebäudereinigung Krankenhausservice, Samling 1997 I s. 01259.

Sag C-172/99, Oy Liikenne Ab mod Pekka Liskojärvi og Pentti Juntunen, Samling 1998 I s. 05141.

Sag C-4/01, Serene Martin, Rohit Daby og Brian Willis mod South Bank University, Samling 2003 I s. 12859.

Sag C-478/03, Celtec, Samling 2005 I s. 04389.

Sag C- 458/05, Jouini m.fl., Samling 2007 I s. 07301.

Sag C-249/09, Albron Catering, Samling 2010 I s. 10309.

Sag C-426/11, Alemo-Herron m.fl., Samling endnu ikke offentliggjort.

Sag C 476/12, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Samling endnu ikke offentliggjort.

Sag E2/95, Eilert Eidesund mod Stavanger Catering AS (1995-96) EFTA COURT, Report 1.

Forslag til avgjørelser

Sag 186/83, Arie Botzen m.fl. mod Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV., Samling 1985 s. 521.